

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DE LA "REI VINDICATIO"

CONSIDÉRÉE AU POINT DE VUE DE LA
GARANTIE EFFECTIVE DE LA PROPRIÉTÉ

DROIT FRANÇAIS

DE LA PRESCRIPTION DES ACTIONS EN NULLITÉ OU EN RESCISION

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Lucien COUTURIER

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS

Lauréat de la Faculté de droit. — 2^e prix de droit civil (1883). — 1^{er} prix de droit romain (1884)

1^{er} prix de droit international privé (1885)

DIJON

IMPRIMERIE RÉGIONALE

1889



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547908_0020

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DE LA "REI VINDICATIO"

CONSIDÉRÉE AU POINT DE VUE DE LA
GARANTIE EFFECTIVE DE LA PROPRIÉTÉ

DROIT FRANÇAIS

DE LA PRESCRIPTION

DES

ACTIONS EN NULLITÉ OU EN RESCISION

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE LE MERCREDI, 10 AVRIL 1889, A 3 HEURES 1/2

PAR

Lucien COUTURIER

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS

Lauréat de la Faculté de droit.—2^e prix de droit civil (1883).—1^{er} prix de droit romain (1884)

1^{er} prix de droit international privé (1885)

Sous la présidence de M. BUFNOIR, professeur

Suffragants	{	MM. HENRY MICHEL, professeur.	{	agregés.
		LARNAUDE,		
		MASSIGLI.		

DIJON

IMPRIMERIE RÉGIONALE

1889

ACAD.
UGD. BAT.
BIBL.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A LA MÉMOIRE DE MA MÈRE

DE LA " REI VINDICATIO "

CONSIDÉRÉE AU POINT DE VUE DE LA
GARANTIE EFFECTIVE DE LA PROPRIÉTÉ

1. — La propriété ne peut exister qu'à la condition d'être énergiquement garantie par la loi. Elle doit être à la fois facile à défendre pour qui se la voit injustement disputée, et facile à reconquérir pour qui s'en trouve dépouillé. L'homme doit être certain de pouvoir garder son bien ou de se le faire rendre, s'il l'a perdu : sinon, il n'attachera aucun prix à un bien si précaire, ne fera aucun effort pour en devenir le maître. La propriété serait alors un vain mot, et non plus cette institution qui est la base de toute société.

Ainsi les garanties légales de la propriété se ramènent à une double idée : permettre au propriétaire d'arriver à la possession ; s'il est en possession, lui permettre de s'y maintenir. La propriété ne serait pas garantie si, à côté de moyens pour attaquer, elle n'avait pas de moyens pour se défendre, ou réciproquement ; mais il faut savoir combiner ces divers moyens de telle sorte que, pour assurer l'efficacité des uns, on

ne soit pas obligé de diminuer l'énergie des autres. Il faut avant tout déterminer la part exacte qu'il convient d'attribuer à chacune des deux idées d'attaque et de défense. Si on rend l'attaque trop facile, le vrai propriétaire ne conservera son bien qu'au prix de luttes continuelles ; si c'est la défense qu'on rend trop aisée, le vrai propriétaire dépouillé n'aura pas l'espoir de recouvrer son bien : dans les deux cas, l'équité sera blessée, la propriété sera dépréciée ; l'intérêt général souffrira.

2. — On conçoit que la solution la meilleure n'ait pas été trouvée du premier coup, qu'on n'y soit arrivé que par une série de progrès ; on conçoit aussi que, selon l'état de civilisation plus ou moins avancé d'un peuple, ou à raison de certaines nécessités sociales, la protection de la propriété ait été différemment entendue.

3. — Rome, fondée par un peuple rude et à demi-barbare, Rome passa successivement par tous les degrés de la civilisation. Aussi le conflit entre les moyens offensifs et les moyens défensifs qui constituent la garantie du droit de propriété, n'est-il nulle part mieux accusé qu'en droit romain. L'histoire de la *rei vindicatio* nous offre le tableau d'une suite de systèmes imaginés pour protéger la propriété selon les besoins de chaque époque et les ressources d'une science juridique toujours en progrès. Nous allons, par l'étude de cette action, essayer de nous rendre compte de ces systèmes, essayer de pénétrer leur esprit.

4. — Pour donner une idée complète de la garantie du droit de propriété à Rome, il ne suffirait pas d'étudier la *rei vindicatio*. En effet, elle ne s'applique qu'à

la propriété quiritaire: c'est donc à l'aide d'autres actions que la propriété non quiritaire est protégée. D'autre part, elle constitue une garantie définitive de la propriété, et par suite elle est soumise à des conditions rigoureuses. Aussi existe-il, pour protéger la propriété, des moyens plus simples et plus appropriés aux besoins de la vie quotidienne : sans doute, ils n'ont pas l'énergie de la *rei vindicatio*; sans doute, ils ne procurent en droit qu'une protection provisoire; mais en fait, ils constituent la garantie la plus pratique, et par conséquent la plus efficace : d'ailleurs, pour l'existence et le développement de la propriété, ils sont indispensables. — Les plus importants de ces moyens sont les interdits possessoires et l'action publicienne.

Si nous étudions de préférence la revendication, c'est qu'originellement elle était la seule garantie de la propriété : c'est d'elle que sont issues toutes les autres; — c'est aussi qu'elle constitue la garantie définitive de la propriété, et qu'à bien considérer les choses, tous les moyens provisoires n'ont de véritable valeur qu'autant que le propriétaire, protégé par ces moyens, l'est ensuite dans la revendication; — c'est enfin qu'elle est la seule ressource du vrai propriétaire dans les cas où la publicienne ne lui compète point, et dans ceux où elle ne lui sert à rien, son adversaire possédant avec juste titre et bonne foi (1).

Ainsi, en nous attachant à la *rei vindicatio*, nous nous rendrons compte, non pas tant de la protection juridique accordée à la propriété, mais de la protection effective qui lui était assurée : c'est en nous plaçant à

(1) Notons encore que l'usucapion transforme en propriété quiritaire la propriété bonitaire : la revendication est alors accordée. — Enfin, tout ce que nous dirons de la *cautio judicatum solvi*, exigée du défendeur à la *rei vindicatio*, s'appliquera au défendeur à la publicienne.

ce point de vue que nous pourrions reconnaître la part réelle faite à chacune des deux idées d'attaque et de défense. — Dans un appendice, nous indiquerons quelles sont à côté de la revendication les autres garanties de la propriété.

5. — A raisonner abstraitement, il est impossible de dire si, dans la revendication, une des deux idées d'attaque ou de défense doit l'emporter sur l'autre ; si, comme défendeur, par exemple, le propriétaire mérite une protection plus grande qu'en qualité de demandeur : n'est-il pas aussi juste d'attaquer pour faire reconnaître son droit dénié, que de se défendre si l'on est injustement attaqué ? Cependant au point de vue pratique, il n'en est pas ainsi.

Dans une société civilisée, la possession est un signe presque toujours certain de la propriété : il ne saurait être un seul instant question de mettre sur la même ligne cette quasi-certitude et les prétentions plus ou moins sérieuses du non possesseur. Ce qui est avant tout nécessaire, c'est d'assurer à la propriété la sécurité indispensable à son développement ; c'est soustraire le propriétaire aux inquiétudes de se savoir en quelque sorte à la merci du premier venu. Pour cela, il ne faut pas, sur de simples soupçons, troubler le possesseur dans sa situation apparente : il ne faut exiger de lui rien qui rende sa condition pire ou restreigne sa liberté d'action, rien même qui l'empêche de se retrancher derrière sa possession, sans venir combattre ses adversaires, si, sûr de son droit, il veut dédaigner leurs attaques. C'est seulement en présence d'un titre parfaitement certain, d'une propriété dûment établie, qu'on doit ne tenir aucun compte de la possession, car alors elle est menteuse, et on le sait. '

Au contraire, dans une société primitive, à l'époque où les hommes cessent de se faire justice eux-mêmes, où la force n'est plus l'unique loi à laquelle ils obéissent, l'idée d'attaque est à plus d'un égard très favorable. Le lien qui unit le possesseur à la chose qu'il possède est trop fragile, trop incertain, pour qu'on doive en tenir compte. Ce qui importe avant tout, c'est d'éviter la lutte à main armée : il faut que le vrai propriétaire, s'il n'est pas en possession, n'ait pas l'idée de s'y mettre lui-même, mais qu'il s'adresse à la justice sociale : il est donc nécessaire de lui assurer certains avantages; s'il est en possession et qu'un adversaire prétende l'expulser de vive force, il faut qu'il se résigne à abandonner son bien, plutôt que de recourir lui aussi à la violence : or, il ne s'y résignera que si, comme demandeur dans la revendication, il a une condition au moins égale à celle de son adversaire.

6. — Comment, aux différentes époques de son histoire, Rome comprit-elle la garantie du droit de propriété? Quelle fut la part faite à l'idée d'attaque? la part faite à l'idée de défense?

A l'époque de la loi des Douze Tables, la revendication s'exerçait au moyen de la *legis actio sacramenti*. Il semble d'après Gaius (iv, 14) que ce mode de procéder fût en usage longtemps avant cette loi, et les interprètes conjecturent qu'il remonte au premier temps de Rome (1).

Cependant, à supposer que le *sacramentum* soit la première forme véritablement judiciaire de la *rei vindictio*, il paraît se rattacher à des pratiques anté-

(1) Accarias, n° 741, *a*; Zimmern, *des Actions*, n° 33.

rieures dont l'origine remonterait vraisemblablement au temps où la propriété était collective, au temps où la guerre pouvait seule décider entre les tribus au sujet de leurs territoires ou autres biens.

I. — PREMIÈRE PÉRIODE

7. — Voici ce que les interprètes nous disent du droit romain primitif, tel qu'il leur apparaît à l'époque lointaine où ils en croient reconnaître dans l'histoire les premières traces (1).

L'Etat n'avait pas encore d'attributions juridiques : la recherche et la réalisation du droit étaient considérées comme un intérêt purement privé des individus. Pourtant, tout n'allait point au hasard ou des opinions diverses que les parties se faisaient de leur cause, ou de la force brutale plus ou moins grande dont elles pouvaient appuyer leurs prétentions. Au sein de la communauté, la notion du juste et de l'injuste s'était déjà dégagée, et le droit trouvait sa sanction dans le sentiment populaire qui flétrissait l'injustice, et s'opposait à son accomplissement par toutes sortes d'obstacles moraux ou matériels. La crainte de la réprobation universelle devait suffire pour empêcher les entreprises coupables ou les résis-

(1) Ihering, *Esprit du Droit romain*, trad. franç., I, § 11.

tances déloyales, car en ces temps elle devait lourdement peser sur celui qui l'avait encourue. Puis en présence d'un droit certain, l'intéressé avait le secours effectif de ses parents et amis, tandis que son adversaire n'obtenait aucune aide. En fait, il devait y avoir peu de scènes brutales : elles n'éclataient qu'au cas où les prétentions des deux parties étaient douteuses et également soutenables ; mais alors la lutte était sanglante, car elle mettait aux prises deux groupes compacts d'individus. — De bonne heure, les parties cherchèrent à éviter ces massacres et à se procurer une justice moins incertaine par un règlement amiable de leur contestation, et comme, assistées de leurs champions, elles formaient de véritables armées, leur accord revêtit le caractère et se faisait avec toutes les solennités d'un traité de paix. C'est apparemment là l'origine des solennités du *sacramentum*.

8. — A cette époque reculée, sous quelle forme, offensive ou défensive, la propriété était-elle protégée ? Nous répondrons que théoriquement elle se trouvait protégée d'une façon absolument égale dans ses moyens d'attaque et dans ses moyens de défense : le propriétaire demandeur et le propriétaire défendeur étaient exactement de la même condition. On ne devait guère s'attacher aux apparences extérieures ; on se posait la question : qui a tort ? qui a raison ? Celui qui avait raison, quelle que fût sa situation par rapport à l'objet litigieux, voyait ses prétentions reconnues par la communauté entière ; seul il trouvait des champions pour combattre à ses côtés. Aussi le vrai propriétaire n'avait-il qu'à exercer son droit, aucune résistance ne lui était opposée. S'il s'agit d'une propriété douteuse, il y avait lutte sanglante, ou plus ordinairement

transaction. Là encore, les deux parties étaient sur un pied d'égalité parfaite, puisque chacune pouvait se réclamer du sentiment populaire, et que chacune combattait ou traitait, assistée de ses partisans. D'ailleurs on n'aperçoit pas pourquoi l'une d'elles aurait été favorisée.

Plus tard, on s'inquiètera de savoir à qui doit incomber la preuve, à qui doit appartenir la possession intérimaire : en ces premiers temps, il est évident que les deux parties devaient fournir les preuves de leurs prétentions, l'accord amiable n'étant qu'un expédient pour remplacer la lutte armée ; quant à la possession intérimaire, il est permis de supposer qu'on ne s'en occupait pas, la question n'offrant pas un intérêt sérieux : en effet, tout devait être très rapidement terminé ; du reste, il est peu probable que le possesseur de l'objet eût consenti sans lutte à s'en dessaisir avant la solution du litige.

9. — Est-ce que, dans la pratique, ce système donnait des résultats satisfaisants ? Est-ce qu'il pouvait fonctionner de manière à vraiment réaliser ce qu'il promettait ? Nous le pensons, car l'état des mœurs et les conditions de la vie sociale étaient alors très différents de ce qu'ils furent plus tard. On vivait au grand jour ; chacun devait connaître plus ou moins les affaires de son voisin ; le lien qui unissait entre eux les membres d'une même famille était solide et respecté. D'autre part le peuple romain, peu nombreux d'ailleurs, était un peuple encore neuf, il n'était pas encore corrompu : il devait donc facilement obéir à ces sentiments naturels et instinctifs d'équité dont les foules, surtout les foules rudes et simples, sont animées. Enfin ce qui rendait ces jugements populaires véritablement effi-

caces, ce qui en garantissait l'exécution de fait, c'est qu'en ces temps primitifs, comme nous l'avons dit, la réprobation de tous devait être un bien terrible châ-timent.

II. — SECONDE PÉRIODE

10. — Nous arrivons à une seconde phase du droit romain antique. La justice est toujours privée, mais déjà elle est réglée dans ses conditions et dans ses formes. Sans doute, il n'y a pas encore de lois (1), mais à défaut de lois, il y a des usages bien établis.

L'idée fondamentale, qui résume tout le système, est la distinction entre le droit incontestable et le droit contestable.

11. — A. — Lorsque le droit est évident, la réalisation en est immédiate; c'est l'intéressé seul qui la poursuit, sans l'intervention d'aucune autorité, mais avec l'assistance de témoins. En vertu de ce principe, un propriétaire doit être autorisé à expulser même par la force le détenteur de son bien, ou, s'il s'agit d'un objet mobilier, à s'en emparer même en usant de violence (2). C'est une sérieuse protection accordée à la

(1) L. 2, § 1 et 3, *de or. juris*; Ihering, I, §§ 11 et 14.

(2) Comp. Ihering, § 11, n. 38.

propriété sous sa forme offensive : mais on ne saurait nier que la condition du propriétaire possesseur soit encore plus avantageuse, car il se trouve, pour ainsi dire, à l'abri de toute attaque.

12. — Quand le propriétaire non possesseur veut s'emparer de son bien, il peut rencontrer de la part de son adversaire une résistance de fait : nous venons de voir qu'il lui est permis de n'en tenir aucun compte. Mais il peut rencontrer une résistance de droit : l'adversaire conteste la légitimité de son action, il prétend que sa propriété n'est pas certaine. En pareil cas, le demandeur est-il obligé de recourir aux moyens en usage lorsqu'il s'agit d'un droit contestable ? On serait tenté de le croire, car en somme le droit est contesté : puis aucun texte n'autorise à passer outre la réclamation du défendeur. Mais alors, que devient le principe, s'il suffit d'une simple dénégation pour arrêter l'exécution directe et immédiate qui réalise tout droit incontestable ? Est-il admissible que les Romains, ayant fait de la distinction des droits certains et des droits incertains, la base de leur système de justice privée, n'aient point, eux si pratiques, organisé cette justice, de manière à la rendre sérieusement efficace ? Peut-on croire qu'ils aient laissé le défendeur entièrement libre de s'opposer à l'exécution d'un droit évident ? Assurément non.

13. — Des textes (1), se référant à l'époque des *legis actiones*, nous font connaître un expédient ingénieux, employé dans une situation analogue. Lorsqu'il s'agit

(1) L. des Douze Tables, 3^e ; G. IV, 21 à 25 : comp. Ihering, I, § 14, n. 86, 87, 91.

de certaines dettes pécuniaires, le créancier a le droit de poursuivre lui-même le recouvrement de sa créance. Le débiteur ne peut s'opposer à l'exécution, mais elle est suspendue s'il fait intervenir un *vindex* qui soutient le procès à sa place. Comme le *vindex*, au cas de perte du procès, encourt personnellement une grave condamnation, le défendeur ne trouve personne qui veuille assumer ce rôle, quand le droit de son adversaire est incontestable. Ainsi, malgré l'opposition du débiteur, le créancier est assuré de réaliser son droit, lui-même et sans être contraint de recourir à un procès.

Or, ce qui caractérise les créances dont il s'agit, c'est qu'elles sont incontestables. Ne peut-on pas dès lors supposer qu'il y a là le souvenir, ou si l'on veut, l'imitation d'un usage autrefois constant? Sans doute Gaius indique qu'il faut un texte de loi pour recourir à cet expédient : mais à l'époque où nous nous plaçons, il n'y a pas encore de lois, il n'y a que des coutumes (1); puis au temps des *legis actiones*, le système de la justice n'est plus, à beaucoup près, ce qu'il était précédemment : l'Etat y joue un rôle déjà considérable, et son intervention assure par divers procédés la protection que les individus devaient jadis se procurer eux-mêmes. Enfin l'exécution dont parle Gaius a lieu contre la personne, entraîne contre elle des rigueurs : on comprend donc que, pour éviter des abus, on l'ait restreinte aux cas expressément désignés par la loi : or l'exécution contre la personne, lorsqu'il s'agit d'un droit réel, est une conception trop savante pour qu'on la suppose connue dans la période que nous étudions ; il ne doit être encore question que d'une exécution directe sur le bien, objet du droit.

(1) L. II, §§ 1 et 3, de *ar. juris*.

14. — En résumé, si le demandeur présente son droit comme certain et que le défendeur veuille le contester, nous croyons que ce dernier doit faire intervenir un *vindex*. Tous les intérêts se trouvent ainsi conciliés, et le principe de l'exécution directe est sauf. Sans doute, ce n'est qu'une conjecture, mais outre les raisons que nous avons déjà exposées, nous ferons remarquer que les meilleurs interprètes n'hésitent pas à reconnaître qu'un *vindex* est nécessaire dans des cas que Gaius n'indique point (1). Nous rappellerons aussi que l'intervention d'un *vindex* semble une vieille habitude du droit romain (témoin ce qui se passait lors de l'*in jus vocatio*). Enfin Ulpien dit (2) : « *Neque enim qui potest in furem statuere necesse habet adversus furem litigare: idcirco nec actio ei a veteribus prodita est.* » Le volé n'a pas besoin de recourir à un procès; c'est donc qu'il a un moyen de vaincre la résistance même juridique du voleur. Or, on nous accordera qu'Ulpien ne fait qu'énoncer à propos d'un cas particulier un principe absolu du vieux droit.

15. — On nous dira peut-être que tout ce qu'on peut induire, pour ces temps lointains, du texte de Gaius, c'est que l'expédient dont il s'agit s'applique aux dettes pécuniaires, mais à elles seules, et dans les conditions où Gaius nous le décrit. Pourtant, lorsqu'il s'agit d'un droit réel comme la propriété, cet expédient est-il moins nécessaire qu'au cas d'une dette pécuniaire? Se comprend-il moins, lorsqu'on réclame un esclave, que lorsqu'on réclame 2,000 as? Est-ce que d'ailleurs tous les droits, quels qu'ils fussent, ne se réali-

(1) Puchta, *Inst.* II, § 160; Ihering, § 12 t. et n. 99 à 102.

(2) Loi 17, pr. XLVII, 2.

saient pas alors de la même façon, par un même procédé?

Voici peut-être comment les choses se passaient : le demandeur, arrêté dans son exécution, réclamait immédiatement au défendeur la valeur représentative de l'objet litigieux. Le droit de propriété se trouvait ainsi transformé en un droit de créance, et il s'agissait alors du paiement d'une dette pécuniaire. Par conséquent le demandeur était assuré, si son droit était incontestable, de pouvoir le réaliser lui-même, et il est évident que le défendeur, plutôt que de se laisser emmener captif, payait la somme, ou mieux livrait l'objet. — Cette conjecture ne repose encore sur aucun texte, mais voici les motifs qui peuvent la faire admettre. Toute condamnation (1) ne pouvant être que pécuniaire, le défendeur qui, en ne livrant pas volontairement l'objet réclamé, force le demandeur à entamer un procès, fait que ce dernier, s'il triomphe, n'aura droit qu'à une somme d'argent. Le demandeur dont la propriété est incontestable et qui par suite est d'avance certain d'obtenir gain de cause, peut donc vraiment se dire créancier, lorsque son adversaire l'empêche de réaliser lui-même son droit de propriété. On nous dira que la condamnation n'est pécuniaire que sous le système formulaire : nous répondrons qu'une opinion très-répandue la déclare telle dès le système des actions de la loi (v. *infra*). On nous dira encore que la transformation du droit s'explique par le caractère novatoire de la *litis contestatio*, et qu'ici il n'y a pas *litis contestatio*, tout au contraire : nous

(1) Nous nous servons du mot *condamnation*, parce qu'il est d'un emploi commode, mais à vrai dire, il n'y a pas, à proprement parler, de condamnation à l'époque où nous nous plaçons. Voyez *infra*.

répondrons que l'habitude des condamnations pécuniaires doit remonter très-haut; c'est aux époques de science qu'on a cherché à expliquer scientifiquement un usage exclusivement pratique; or, nous sommes à une époque de pure pratique : le demandeur, arrêté dans son exécution privée, agit immédiatement comme il devrait agir à l'issue du procès.

16. — Si nous avons tant insisté sur ce point, c'est que la garantie de la propriété consiste bien plus à procurer l'exercice paisible et assuré d'une propriété incontestable, qu'à fournir les moyens de trancher une question de propriété douteuse. Il s'agit donc, en réalité, de savoir si, à cette époque du droit romain, la propriété était ou n'était pas garantie. Si, comme nous le pensons, la résistance de droit n'arrête pas l'exécution privée du demandeur, la propriété se trouve solidement garantie, non seulement dans ses moyens offensifs, mais encore dans ses moyens défensifs, puisque un vrai propriétaire injustement attaqué trouvera toujours un *vindex* : dans le cas contraire, la propriété n'est pas garantie.

17. — B. — Quand le droit est contestable, le demandeur propose à son adversaire de soumettre leur différend à l'arbitrage d'un tiers, ou bien, s'en remettant à sa conscience, il lui défère le serment sur la non-existence de son droit (1). Si l'adversaire accepte, la décision qui va résulter de l'arbitrage ou du serment, ayant pour base le consentement réciproque des parties, fait naître un droit incontestable, et nous retombons dans l'hypothèse précédente. Si l'adversaire refuse, il se condamne lui-même; car pourquoi refu-

(1) Ihering, I, § 15 t. et n. 112 à 114.

ser, s'il est sûr de son droit ? D'ailleurs, il empêche le demandeur d'arriver à savoir quel est exactement son droit : c'est donc une nécessité pratique que de permettre à ce dernier d'agir comme s'il n'avait aucun doute sur sa propriété. — Tous les actes de cette espèce de procédure coutumière devaient être solennels ; de même on observait certains usages pour régler la condition de l'objet pendant l'instance (1) : le *sacramentum* n'est apparemment que cette procédure régularisée et sanctionnée par la loi.

18. — Supposons le différend soumis à un arbitre : cet arbitre a pour mission de décider qui des deux adversaires a raison. Sa sentence, comme dit d'Ihèring (2), n'est pas un ordre ou une défense à la partie succombante, mais une simple opinion (*sententia*), une explication (*pronuntiatio*) sur la question débattue. Elle n'implique aucunement l'idée d'une condamnation : c'est à l'intéressé d'en tirer et d'en réaliser lui-même les conséquences pratiques.

19. — Mais ici se pose un difficile problème : quel est désormais le droit du gagnant ? Peut-il encore se dire propriétaire du bien litigieux, et par conséquent lui est-il permis de réaliser lui-même sa propriété, maintenant incontestable ? N'est-il pas, au contraire, obligé de ne réclamer à son adversaire qu'une somme d'argent représentant la valeur du bien ? — La question, on le conçoit, ne se pose pas si le gagnant possède l'objet, car alors il reste en possession, et tout est dit, puisque son adversaire ne peut plus songer à l'attaquer. Elle ne se pose que s'il ne possède pas.

(1) L. 2, § 24, *de or. juris*.

(2) I, § 15, p. 174.

A notre avis, le gagnant n'a plus le droit de réclamer l'objet même qu'il a fait reconnaître sien : il n'en peut plus réclamer que l'estimation pécuniaire. En effet, ce n'est pas seulement sous le système formulaire que les condamnations furent pécuniaires ; elles l'étaient déjà sous le système des *legis actiones*. Gaius (IV. 48) nous dit : « *Judex non ipsam rem condemnat..., sicut olim fieri solebat, sed (?) æstimata re pecuniam... condemnat* (1). » On peut lire : le juge ne fait plus comme jadis, il ne condamne plus *ad ipsam rem, sed ad pecuniam*; ou bien : comme cela se faisait déjà jadis, le juge ne condamne pas *ad ipsam rem, sed ad pecuniam*. Entre ces deux lectures, c'est la dernière qui s'impose ; car l'usage des condamnations pécuniaires, lorsqu'il s'agit de droits réels, est trop singulier, pour qu'on puisse imaginer, quand on peut faire autrement, qu'il prit naissance à une époque relativement récente : surtout qu'on ne nous cite aucune bonne raison d'un changement si brusque et si radical à la pratique antérieure (2), et que la clause *nisi restituat* des actions arbitraires semble inventée pour faire échec au principe : c'est le principe alors qu'il eût fallu ne pas inventer. — D'ailleurs, l'existence, au temps des *legis actiones*, d'une seule voie d'exécution des jugements, la *manus injectio*, uniquement applicable à des sentences qui font naître ou constatent une dette d'argent, implique qu'alors toute condamnation était pécuniaire (3).

(1) Sur la lecture de ce texte et sa restitution, v. Montagnon, *De la nature des condamnations civiles*, thèse de doctorat, Lyon, 1883, n° 4.

(2) V. Acc., n° 762, 3° et notes; Keller, des *Act.*, n° 27; Zimmern, des *Act.*, § 33; Ortolan, *Inst. II*, §§ 1913 et 1922.

(3) Gaius, IV, 21 à 25.

20. — Ainsi, d'après Gaius même, les condamnations étaient pécuniaires à l'époque des actions de la loi. Il n'est donc pas téméraire de penser que c'est là un usage remontant aux origines mêmes de Rome, et par conséquent en vigueur à l'époque que nous étudions. On s'explique cet usage comme une survivance de ce qui se passait dans la première période. Lorsqu'il s'agissait d'un droit douteux, les deux parties, assistées de leurs champions, cherchaient par un accord amiable à prévenir une lutte sanglante. Au début, il ne dut y avoir que des transactions : jamais une des parties ne dut voir ses prétentions complètement reconnues. Or, quel peut être à propos d'un droit de propriété le résultat d'une transaction ? S'il s'agit d'un esclave, on ne peut le couper en deux ; de même, il n'est presque aucun objet mobilier susceptible d'un partage matériel ; s'il s'agit d'un champ, on peut bien le séparer en deux, mais on ne le fera pas, pour ne pas mettre en contact journalier deux ennemis qui se haïssent : on donnera le bien à l'un, et l'on forcera l'autre à se contenter d'une somme d'argent que lui versera le premier. Il y a là comme une vente : l'un garde l'objet, l'autre renonce à ses droits sur cet objet et reçoit le prix de sa renonciation. Ainsi le résultat habituel de ces transactions, imposées aux parties par leurs assistants, fut que la partie qui n'avait pas l'objet recevait une somme d'argent (1).

Il est vraisemblable que cette habitude se perpétua : avec le temps, cela devint une coutume profondément enracinée dans les mœurs que le gagnant ne pouvait

(1) « A cette époque, dit M. Montagnon, *loc. cit.*, § 12, la valeur des objets matériels se mesurait uniquement à leur utilité. Avec des deniers, on pouvait toujours obtenir un animal ou un ustensile rendant approximativement les mêmes services. »

prétendre qu'à l'estimation pécuniaire du bien revendiqué. Plus tard, sous le second système, quand en présence d'un droit contestable, on recourait à un arbitre, l'opération continua d'être envisagée de la même façon, comme une sorte de vente imposée (1) : le gagnant n'avait toujours droit qu'à la valeur du bien (2).

(1) C'est encore ainsi que la chose est envisagée sous le système formulaire, l. 46, VI, 1; l. 22, XV, 2; ll. 1 et 3, XLI, 4.

(2) M. Montagnon, *loc. cit.*, n° 11, explique les condamnations pécuniaires par la théorie qui fait de la vengeance la source originaire des condamnations, et que d'Ihering a si magistralement exposée (I, § 11 et 12). « Le spolié, » dit M. Montagnon, « reprenait par la force sa chose des mains du détenteur, ou s'emparait, en compensation, de quelque objet de son patrimoine. Le premier progrès, après l'introduction du talion, qui mesurait la peine au mal causé, fut la substitution d'une indemnité pécuniaire aux mutilations et aux violences. Les Romains, après au gain, avaient imaginé ces condamnations avant que la loi les rendit obligatoires. Le talion finit par disparaître, et un principe nouveau se trouva substitué à l'ancien : c'était le principe des condamnations pécuniaires. »

Sans méconnaître la haute valeur de cette explication, nous ne pouvons l'admettre pour les condamnations pécuniaires en matière réelle. 1° Le talion ne se comprend vraiment bien qu'à propos d'une lésion juridique incontestable, d'une injustice flagrante; or, nous avons vu qu'en pareil cas, l'intéressé reprenait lui-même sa chose, sans procès; 2° Si au cas de *furtum nec manifestum* la peine était moins forte qu'au cas de *furtum manifestum*, c'est évidemment qu'on supposait chez le volé un désir de vengeance beaucoup moins vif. Or, en présence d'une propriété douteuse, quand la cité entière était partagée d'opinion sur le prétendu droit de chaque partie; quand pour faire apparaître la vérité, il fallait un long débat, auquel deux *gentes* prenaient part, il est difficile de croire à un désir de vengeance chez le gagnant. Admettons-le, cependant. A la fin, nous dit-on, les parties composèrent. — La seule composition qui se comprenne à propos de propriété, est celle qui a pour base la restitution de la chose à son propriétaire. S'il est vrai qu'avec de l'argent on puisse se procurer un objet mobilier aussi utile que celui dont on est dépouillé, il n'en est pas de même des fonds ruraux : tel champ est fertile, tel autre ne l'est pas; peut-être, celui qu'on se dispute a-t-il une situation unique? — Les Romains, dont la seule richesse était l'agriculture, ne se seraient jamais contentés d'une indemnité pécuniaire, quand ils eussent pu, à défaut de composition, reprendre leur champ par la force. — 3° D'autres nations ont connu le système des compositions succédant au talion : témoin le *wehr-*

Mais comme, à cette époque, la prétention du gagnant, si elle est fondée, est tout entière reconnue, cette pratique ne s'explique plus rationnellement. Elle aurait eu pour résultat de déprécier la propriété, le propriétaire ne pouvant recouvrer son bien même, si

geld du droit germanique. Aucune ne nous présente, par la suite, un système de condamnations pécuniaires en matière réelle. C'est donc ailleurs qu'il faut chercher l'explication de l'usage romain. Voilà sans doute pourquoi M. d'Ihering, qui expose d'une façon si complète la théorie de la vengeance privée, n'y voit pas l'origine des condamnations pécuniaires; d'après lui, elles ne furent admises qu'au droit classique (IV, § 64, p. 188.)

L'explication proposée au texte nous semble préférable. Le procès supposait essentiellement une propriété douteuse; il mettait aux prises deux *gentes* auxquelles aucune autorité constituée ne pouvait imposer de loi; il n'y avait donc que deux solutions possibles : la lutte sanglante ou la transaction. Mais cette transaction n'était pas une composition au sens que M. Montagnon donne à ce mot; elle ne remplaçait pas les violences qu'une des parties aurait eu le droit d'exercer contre l'autre. Elle tenait à ce que deux droits égaux se trouvaient en présence; sans doute, au fond, un seul des adversaires avait raison, un seul était réellement propriétaire; mais, en fait, la forme de la procédure juridique, s'il est permis de s'exprimer ainsi, donnait aux prétentions de l'un et de l'autre une force égale, et par conséquent il fallait ou lutter ou transiger. — C'est donc de cette égalité de fait dans les prétentions des deux parties qu'est né le système des condamnations pécuniaires, et il se maintint, à cause de ce principe, auquel théoriquement les Romains ne renoncèrent jamais, qu'il y a procès seulement au cas où les droits sont incertains; si le droit est incontestable, le titulaire le réalise lui-même et directement. — Ce principe, nous le retrouvons lors des *legis actiones*; nous le retrouvons aussi au droit classique et même dans la législation de Justinien, — mais transformé : le prêteur, devant qui les deux plaideurs comparaissent, aura raison de la résistance déloyale de l'un d'eux; il n'y aura procès que si la propriété est douteuse. Bien mieux, pendant longtemps, l'usage de l'exécution directe et privée dut se maintenir en pratique, car ce n'est qu'au temps d'Auguste que des lois réprimèrent les voies de fait de celui qui se faisait justice lui-même (loi *Julia de vi*). — Le principe dont sont issues les condamnations pécuniaires subsistant, on conçoit qu'elles aient elles-mêmes subsisté, bien qu'elles eussent perdu depuis longtemps toute raison d'être, et bien que par toutes sortes d'expédients on cherchât à obtenir la chose plutôt que sa valeur.

les Romains, habiles à plier aux nécessités nouvelles leurs vieux usages qu'ils conservaient, n'avaient trouvé quelque expédient pour la rendre inoffensive. Cet expédient est tout indiqué : le gagnant devait essayer de réaliser lui-même son droit de propriété ; si son adversaire ne lui opposait qu'une résistance de fait, il passait outre ; ce n'est qu'au cas où son adversaire lui opposait une résistance de droit, qu'il était contraint de s'arrêter, et de réclamer alors l'estimation pécuniaire du bien. Il devait être très-rare que le perdant s'opposât à l'exécution, et ainsi le propriétaire obtenait presque toujours la possession.

III. — TROISIÈME PÉRIODE

21. — Nous arrivons maintenant à l'époque des *legis actiones* : elle nous est un peu mieux connue, et par conséquent elle est un peu moins incertaine que les deux précédentes. Mais ici nous allons rencontrer une procédure organisée, nous allons voir l'Etat intervenir dans le règlement des procès. Tant que les intéressés réalisèrent eux-mêmes leurs droits, il n'y avait aucune nécessité de protéger *a priori* la propriété plutôt dans ses moyens de défense que dans ses moyens d'attaque, ou réciproquement. Le vrai propriétaire, quelle que fût sa situation par rapport à l'objet litigieux, se trouvait efficacement garanti par ce fait

qu'il avait le libre choix des moyens propres à réaliser son droit : il agissait diversement suivant la bonté de sa cause. Mais du jour où il fut contraint de s'adresser à l'Etat; du jour où, quel que fût le degré de certitude de son droit, il dut s'engager dans une procédure toujours la même, il fallut bien que l'Etat songeât à assurer au vrai propriétaire les garanties qu'il ne pouvait plus se procurer lui-même : l'Etat dut alors chercher à concilier les droits du revendiquant et ceux de son adversaire.

22. — Au fond, le nouveau système ne diffère de l'ancien que par l'immixtion de l'Etat dans des affaires considérées jusque-là comme purement privées. Cette immixtion se fit tout naturellement; les parties avaient coutume de choisir des magistrats pour arbitres de leurs litiges; ces magistrats n'intervenaient que comme particuliers; mais à la longue, ils intervinrent en vertu de leurs fonctions mêmes et au nom de l'Etat : dès lors ils jouèrent un rôle de plus en plus considérable dans l'administration de la justice (1).

23. — La base fondamentale du système est toujours la distinction du droit contestable et du droit incontestable. Ainsi le vrai propriétaire se met lui-même en possession de son bien, et si son adversaire lui résiste, il passe outre, en attestant les personnes présentes de cette résistance déloyale (2). Mais il est obligé de s'arrêter si l'on conteste son droit même de propriété, car ce n'est plus là une résistance coupable, et aucun texte ne lui permet de passer outre. Il est alors contraint de recourir à un procès, et c'est au moyen de la *legis actio sacramenti* qu'il va exercer sa revendication.

(1) Ihering, I, § 15, n. 116.

(2) Ihering, I, § 11 t. et n. 36 à 38; § 14 t. et n. 89.

Ce qui caractérise le *sacramentum*, c'est la procédure *in jure* : les formalités qui le constituent exigent la présence et le concours d'un magistrat, c'est-à-dire d'un représentant de l'Etat.

24. — A. — Le demandeur invite son adversaire à comparaître devant ce magistrat en employant la formule consacrée : *in jus te voco*. Le défendeur est obligé de le suivre sans délai ou de lui présenter un *vindex* qui compareisse à sa place (1). S'il refuse, le demandeur fait constater son refus par des témoins et se saisit de lui (2). Cette *manus injectio*, autorisée par la loi des Douze Tables n'est considérée par beaucoup d'auteurs (3), que comme un moyen physique et indirect de contraindre le défendeur à accepter le procès. Tel n'est pas le sentiment de M. d'Ihering (4). Pour lui le défendeur est en aveu ou bien est tenu pour condamné et il ne peut plus désormais entreprendre le procès qu'avec le secours d'un *vindex* : il s'agit donc d'une *manus injectio* envisagée comme *legis actio*, et c'est une application à ajouter à celles qu'indique Gaius (IV., 21 à 25). Le principal argument d'Ihering est que le refus du défendeur empêchant l'introduction de l'instance, il faut bien permettre au demandeur de réaliser lui-même son droit. D'ailleurs, à notre point de vue, la controverse n'offre pas grand intérêt, car avant d'emprisonner le défendeur, le demandeur est obligé de le conduire devant le prêteur (5). Or, il est à présumer que

(1) Gaius, IV, 46.

(2) Loi des Douze Tables ; Gellius, XX, 1, 45 ; Gaius, IV, 21.

(3) Keller, *Actions*, § 16 ; Rudorff, *Hist.*, 2, p. 209.

(4) I, § 14 t. et n. 99 à 102 ; de même Puchta, *Inst.*, II, § 160.

(5) (L. des Douze Tables ; Gell., *loc. cit.* V. Ihering, I, § 14 t. et n. 86 et 87.) — Le prêteur depuis 387 de Rome ; mais la loi des Douze Tables est de l'année 301 ou 302.

l'autorité morale du prêteur suffit pour amener le défendeur à livrer l'objet, si la revendication est juste; ou bien, quand il s'agit d'un droit douteux, à présenter un *vindex* ou, si cela ne lui est pas défendu, à se porter lui-même, séance tenante, défendeur. Si dans les autres cas de *manus injectio*, l'intervention du prêteur n'est pas aussi efficace, c'est qu'il s'agit du paiement d'une dette, et que le plus souvent le débiteur ne paie pas faute d'argent.

25. — B. — Le défendeur a accepté le procès: les deux parties sont maintenant en présence du prêteur. Elles ne procèdent pas immédiatement aux formalités qui constituent la revendication solennelle. Elles commencent par discuter leurs prétentions en dehors de toutes formes, et exposent librement leurs raisons et leurs preuves. Beaucoup d'interprètes nient l'existence de ce débat préparatoire ou le restreignent à la description de l'objet contentieux. Nous croyons avec M. d'Ihering (1). que leur opinion est fausse, et voici pourquoi: α) Dans la formule de la *rei vindicatio* (2). chaque partie se réfère à des pourparlers antérieurs: « *Hunc ego hominem meum esse aio, secundum suam causam, sicut dixi*; » comme *causa* signifie le fondement de la prétention, c'est donc qu'on a discuté le bien fondé de cette prétention. β) Ce débat est nécessaire pour rendre efficace l'intervention du prêteur, et lui permettre de concéder en connaissance de cause les *vindiciae*. γ) Les témoins de la *litis contestatio* attestent *in iudicio* ce qui s'est dit ou fait *in iure*; c'est donc qu'*in iure* il y a eu discussion. δ) Dans le procès de Virginie, le revendiquant fait connaître sa demande et développe les arguments par lesquels il

(1) IV, § 62 t. et n. 116 à 119.

(2) Gaius, IV, 16; Val. Prob., *De not. antiq.*, § 4.

prétend la justifier; son adversaire lui répond, et ce n'est qu'après un long débat contradictoire qu'on procède aux solennités du *sacramentum* (1). Nous tenons donc pour certaine l'existence de ce débat préliminaire qui est de la plus grande importance au point de vue de la garantie de la propriété, comme nous le verrons.

26. — C. — Quand il est clos, on procède aux formalités, de la *legis actio sacramenti*. De ces formalités, nous ne retiendrons que ce qui nous intéresse. α) Chaque partie est obligée d'affirmer son droit de propriété sur l'objet litigieux; β) chaque partie interroge l'autre sur le fondement de sa prétention; γ) chaque partie invite l'autre à déposer dans le Trésor une certaine somme, sous la condition qu'elle la perdra, si sa prétention est reconnue fausse; δ) enfin le prêteur attribue la possession intérimaire de l'objet.

Si l'on se demande en quoi consiste le rôle des parties dans le *sacramentum*, on peut répondre qu'il consiste essentiellement à conclure devant le prêteur et en présence de témoins, un contrat solennel qu'on nomme *litis contestatio* : les deux parties s'entendent pour mettre un tiers, le juge, à même de prononcer sur leurs prétentions respectives; elles se promettent de se conformer à sa décision qu'elles acceptent à l'avance, et qui par là sera pour elles obligatoire (2). Quant au rôle du prêteur, il consiste essentiellement dans la concession des *vindiciae*, c'est-à-dire de la possession intérimaire, et c'est par là que se manifeste l'intervention de l'Etat dans le procès (3).

(1) Tite-Live : III, 44 à 46,

(2) Ihering, I, p. 173.

(3) Elle se manifeste aussi par le choix du procédé destiné à permettre au juge de trancher le différend, car, au fond, la

Il semble au premier abord que le rôle du prêteur soit bien peu considérable ; mais, à y regarder de de près, on s'aperçoit du contraire. Son influence prépondérante s'exerce en dehors des solennités de la *legis actio* : c'est à lui qu'incombe la mission de concilier les parties ; c'est lui qui, par son ascendant personnel, doit amener le possesseur à restituer de bonne grâce un bien dont il n'est certainement pas le propriétaire ; c'est lui qui, par une concession intelligente des *vindicte*, doit assurer au vrai propriétaire l'exercice provisoire du droit qu'on lui conteste. Il est, qu'on nous passe l'expression, l'âme de la procédure nouvelle.

27. — D. — Comment, sous le système des actions de la loi, était comprise la garantie du droit de propriété ?

En apparence, rien n'est changé au système ancien : s'il s'agit d'un droit incontestable, le titulaire peut le réaliser lui-même ; s'il s'agit d'un droit contestable, on a recours à l'arbitrage d'un tiers ; seulement, il y a une procédure régulière et solennelle pour arriver à la désignation de ce tiers, et au lieu de lui poser directement peut-être la question : qui a tort ? qui a raison ? on la lui soumet indirectement.

Au fond, tout est changé. Du moment que le titulaire d'un droit certain ne peut pas vaincre la résistance de droit du défendeur, son droit n'est plus garanti, ou s'il l'est, c'est évidemment par des procédés nouveaux. Et ce que nous disons s'applique également au propriétaire en possession. Jadis, il était pour ainsi dire à l'abri de toute attaque, ses ad-

perte du *sacramentum* est une peine pour le plaideur téméraire.

versaires sachant qu'il trouverait toujours un *vindex*; aujourd'hui il est exposé à tous les procès, et risque même de perdre sa possession, par application des règles relatives à la concession des *vindicte*. — Est-ce donc que la propriété est réellement moins bien garantie qu'elle ne l'était sous le précédent système? Non : elle l'est autant, mais elle l'est différemment; et cela tient à l'intervention de l'Etat dans le règlement des procès. Autrefois, l'intéressé était juge de la certitude de son droit; maintenant, c'est l'Etat qui s'est constitué le juge de cette certitude.

Le propriétaire qui croit son droit incontestable essaie de le réaliser lui-même; si son adversaire ne lui résiste pas, ou s'il ne lui résiste qu'en fait, tout est fini. Si son adversaire conteste sa propriété, il le somme de comparaître immédiatement *in jus*; devant le préteur, les deux parties entament ce débat préparatoire dont nous avons reconnu l'existence; or si, par hypothèse, le droit du demandeur est incontestable, le préteur le reconnaîtra, et il est vraisemblable que son autorité morale suffira pour contraindre le défendeur à céder. Nous obtenons le même résultat que jadis, mais, comme nous disions, l'appréciation du préteur, c'est-à-dire de l'Etat, a été substituée à l'appréciation personnelle de l'intéressé. — Si le défendeur refuse, nous verrons que le préteur a d'autres moyens de garantir le demandeur. — Quand le défendeur résiste à l'*in jus vocatio*, le demandeur a recours à la *manus injectio* : si, comme le pense M. d'Ihering, il s'agit de la procédure d'exécution qui porte ce nom, le demandeur est assuré de réaliser lui-même son droit; en tout cas, comme il est obligé de conduire son captif devant le préteur, les choses se passeront comme nous venons de le dire. — Remarquons que la

propriété se trouve également protégée sous sa forme défensive; l'intervention officieuse du prêteur suffira presque toujours pour écarter les procès manifestement injustes. Le seul inconvénient est que le défendeur se voit contraint à comparaître devant ce magistrat.

28. — E. — Supposons maintenant le procès engagé, soit qu'en présence d'un droit incontestable le prêteur n'ait pas réussi à éviter le conflit, ce qui sera rare; soit que les prétentions des deux parties soient également soutenables. « Dans la revendication, » dit M. d'Ihering, (1) « il y a deux procès réunis en un seul, tous deux ayant le même objet, tous deux fondés sur le même rapport juridique et entre les mêmes parties dont les rôles respectifs s'entrecroisent; chacune est demandeur quant au droit qu'elle poursuit et défendeur quant au droit qu'on poursuit sur elle. »

29. — Si l'on en croit certains auteurs, la propriété se trouverait dès cette époque beaucoup plus fortement garantie dans sa forme défensive que dans sa forme offensive. Le défendeur, c'est-à-dire le possesseur, n'aurait pas à prouver la réalité de son droit; il se bornerait à contredire la demande de son adversaire, et c'est sur ce dernier seul que retomberait tout le fardeau de la preuve.

Nous ne le pensons pas (2). D'abord on peut se

(1) IV, § 62, sect. 3.

(2) Le défendeur se trouve protégé par cette circonstance que la *legis actio sacramenti* est un acte solennel et formaliste: l'observation rigoureuse des formes a évidemment pour résultat de rendre l'attaque plus difficile. Mais c'est là une protection accidentelle, car les solennités du *sacramentum* n'ont pas été établies dans ce but (Ihering, III, § 50, 2.).

demander si déjà l'état social comporte cette présomption de propriété en faveur du possesseur, et l'on en doute quand on se rappelle les révolutions qui agiterent Rome avant et après la promulgation de la loi des Douze Tables (1). Puis pourquoi, dans la *legis actio sacramenti*, le possesseur serait-il obligé d'affirmer sa propriété s'il n'a pas plus tard à la prouver? si, pour la solution du procès il est indifférent qu'il soit ou ne soit pas propriétaire? Enfin, il y a une raison décisive pour exiger du possesseur la preuve de sa propriété. Tout le système repose sur la distinction du droit certain et du droit incertain; le procès n'a qu'un but : rendre certain le droit d'une des parties, pour permettre à cette partie de le réaliser elle-même. Or il est bien évident qu'avec une telle conception des choses, le possesseur est obligé de prouver sa propriété : il ne rendrait pas son droit incontestable, s'il se contentait de dénier celui de son adversaire, et cela, quand bien même ce dernier échouerait dans sa preuve. Le possesseur ne peut se plaindre d'ailleurs; il est exactement dans la situation où il était jadis : quand il réalisait lui-même son droit, c'est que son droit était incontestable, c'est-à-dire prouvé ou susceptible d'être prouvé; aujourd'hui, s'il le réalise grâce à la médiation du prêteur, c'est qu'il a convaincu ce magistrat de son évidence : n'est-il pas juste alors, quand il y a procès, que pour triompher, il doive convaincre le juge de cette même évidence?

Puis, toute faveur au possesseur a pour fondement sa propriété probable. Or ici, est-ce que le possesseur est plus vraisemblablement propriétaire que le demandeur? Assurément non, car puisqu'il y a procès, c'est

(1) V. Dauban, *Hist. rom.*, ch. 3 et 4.

que les prétentions des deux adversaires sont également soutenables (sauf le cas exceptionnel où le prêteur n'aura pu faire réaliser directement un droit certain). Par conséquent pourquoi rendre pire la condition d'une des parties? pourquoi ne pas leur imposer à toutes deux les mêmes obligations?

Enfin, la nécessité pour le possesseur de *contravindicare* résulte de textes formels : elle a en effet pour conséquence de mettre le possesseur dans l'alternative de s'attribuer à lui-même la propriété (ou de se faire représenter par le prétendu propriétaire au nom duquel il possède) — ou bien d'abandonner la chose au demandeur. Or que nous dit Gaius (II, 24) à propos de l'*in jure cessio* qui est une *vindicatio*? « *Prætor interrogat eum qui cedit an contravindicat; quo negante aut tacente, tunc ei qui vindicaverit rem addicit.* » Il s'exprime dans les mêmes termes à propos de l'adoption, qui revêt les formes d'une *vindicatio* (I, 134).

30. — Du reste, il s'en faut que cette nécessité de *contravindicare* soit défavorable au possesseur : elle lui est au contraire très utile, si utile même que, d'après M. d'Ihering, c'est en vue de son intérêt qu'elle a été introduite dans la procédure revendicatoire. Après avoir démontré de quel secours elle est pour lui, si, au lieu d'une revendication proprement dite, il s'agit de la *vindicatio* d'un rapport de puissance, tel que la paternité, la *manus*, le *mancipium*, etc., notre auteur ajoute (1) : « L'intérêt de contrerevendiquer, qui est si important pour le défendeur dans les questions d'état, n'est pas moindre pour lui dans la reven-

(1) IV, § 62 t. et nos 131 à 138.

dication de choses et d'hérédités. Il n'est pas indifférent pour lui que le jugement décide simplement que le revendiquant n'est pas propriétaire ou héritier, ou qu'il reconnaisse positivement l'une ou l'autre de ces qualités au défendeur lui-même. » (1) Le fonds Cornélien est possédé, partie par Primus, partie par Secundus; Primus revendique et dit : « *aito fundum Cornelianum totum meum esse.* » Si Secundus n'a pas à établir sa propriété, à *contravindicare*, qu'arrive-t-il? Primus ne réussissant pas à faire sa preuve, les choses restent en l'état; mais Secundus, qui peut-être a démontré qu'il est propriétaire du fonds entier, est obligé d'intenter un deuxième procès, pour avoir la part de Primus. Si dans le premier, Secundus doit *contravindicare*, un second procès est inutile, et Secundus peut se mettre en possession du champ entier (2).

La *vindicatio* du chef du possesseur a encore une autre utilité : un propriétaire troublé dans sa possession peut intenter la *rei vindicatio* que son adversaire n'intente pas : en effet dès l'instant où la possession ne dispense pas le possesseur du fardeau de la preuve, qu'importe qu'il demande à prouver sa propriété contre un adversaire qui la lui conteste, ou

(1) Cela est sensible, quand en réponse à la demande du revendiquant, le défendeur déclare n'être pas propriétaire de l'objet; le revendiquant prend alors possession de cet objet, mais il n'est nullement établi qu'il en soit le propriétaire.

(2) Voir un exemple se rapportant à la *vindicatio hereditatis* dans Ihering, IV, p. 96.—Dans sa note 139, cet auteur cite un cas de *contravindicatio* au droit classique : c'est pour éviter qu'on n'ait à fournir la même preuve dans deux instances successives. Un fils exhérité est en possession de la succession paternelle : l'héritier institué agit en pétition d'hérédité; le fils *contravindicat* (ou *contradicat*), en intentant la *querela inofficiosi testamenti* : à une action il oppose une action qui s'instruira en même temps et qui aura le même juge (L. 8, § 13, D. V. 2).

qu'il soit obligé de la prouver en réponse à la demande de cet adversaire? qu'importe qu'il soit *vindicans* ou *contravindicans*? La revendication joue donc ici le rôle des actions possessoires : le possesseur, pourvu qu'il soit propriétaire, a un moyen de faire respecter sa possession, et même de la faire respecter d'une manière complète et définitive. — C'est là une sérieuse garantie du droit de propriété. Elle n'existe pas, si l'on rejette la nécessité d'une *contravindicatio*, car avec ce système, le défenseur a déjà un rôle tout passif dans la revendication : il ne peut donc prendre aucune offensive, et comme les interdits possessoires ne sont pas encore créés, il est pour ainsi dire à la merci de son adversaire (1).

Nous persistons à croire que la nécessité de *contra-vindicare* tient avant tout à ce que la décision du juge a pour base l'évidence des droits du gagnant, mais nous reconnaissons volontiers qu'elle dut être plus facilement et plus longtemps acceptée en raison de son utilité pratique?

31. — Ainsi le possesseur est obligé de prouver sa propriété? Comment fera-t-il cette preuve? Il la fera comme le *vindicans* fera la sienne. Chacun d'eux indiquera la *causa* de sa propriété, c'est-à-dire le fondement de sa prétention, son titre d'acquisition. (C'est évidemment le sens du mot *causa* dans les *vindicationes expressa causa* du droit postérieur (2). Aussi peut-on dire que tout le procès se résume dans l'appréciation et la comparaison des deux *causæ*. C'est pourquoi dans la formule chaque partie demande à l'autre : « *postulo anne dicas qua ex causa vindicare-*

(1) Ihering, IV, n° 130.

(2) V. L. 11, § 2; L. 14, § 2, XLIV, 2.

ris. » Le voleur allègue avoir acquis *ab ignoto vel a transeunte*, comme on voit dans la loi 5 C. VI, 2. L'honnête homme fait connaître son auteur, amène les témoins de son acquisition.

32. — F. — Le préteur tient un grand compte de ces allégations dans la concession des *vindicicæ*. En effet avant de renvoyer les parties devant le juge, il assigne à l'une d'elles la possession de l'objet litigieux pendant la durée du procès. Mais, est-ce seulement pour lui conférer les avantages de fait de la possession, c'est-à-dire la jouissance de la chose ? Est-ce encore et surtout pour lui en conférer les avantages juridiques, pour l'exempter du fardeau de la preuve ? Il semble que nous ayons déjà résolu la question en décidant que le possesseur doit contrerevendiquer. Non, les deux questions sont intimement liées, mais elles sont distinctes. Nous nous trouvons ici en présence d'un faux possesseur, d'un possesseur qui ne l'est que par accident ; jusqu'ici il y a eu deux demandeurs et deux défendeurs : désormais il n'y aurait plus qu'un demandeur et qu'un défendeur ; mais comme les rôles dépendent, non pas de la situation respective des intéressés par rapport à l'objet contentieux, à l'origine du procès, mais bien d'une désignation arbitraire du préteur, il se pourrait que le possesseur originaire eût le rôle de demandeur ; il se trouverait donc obligé, comme nous l'avons établi, de prouver sa propriété. Ainsi l'on peut, sans contradiction, reconnaître en principe l'obligation pour le possesseur originaire de prouver son droit, et décider en même temps que le défendeur, constitué tel par le préteur, est exempté de toute preuve. Alors seulement commencerait le vrai procès : jusque-là il n'y aurait eu que des préliminaires.

Mais voici comment les deux questions se lient l'une à l'autre. Les parties peuvent volontairement se soumettre à une décision du prêteur sur leur différend ; on espère même qu'elles le feront ; mais si l'une d'elles n'y consent pas, le procès doit suivre son cours, et la sentence du juge n'est obligatoire pour toutes deux que parce que toutes deux l'ont d'avance acceptée. Comme l'issue du procès dépend souvent de la preuve, si la concession des *vindiciæ* a pour effet de mettre arbitrairement cette preuve à la charge de telle ou telle partie, le prêteur a là un moyen d'imposer indirectement la décision qu'il ne peut imposer directement. Or cela est inadmissible. Aussi est-on amené à décider que le prêteur ne peut librement attribuer les *vindiciæ*, mais qu'il doit nécessairement les conférer au possesseur originaire (1.)

M. Esmein (2) adopte cette opinion : pour lui le prêteur n'accorde pas les *vindiciæ* à qui bon lui semble, d'après un pur caprice. Il laisse la possession vraisemblablement à celui qui l'a ; ou peut-être la rend-il à celui que son adversaire en a violemment dépouillé. Celui qui a les *vindiciæ* est par là même considéré comme défendeur et déchargé de la preuve. Au principal argument de Bekker : si les deux parties sont obligées de prouver leur droit et qu'aucune n'y réussisse, à qui restera l'objet ? — M. Esmein en ajoute un qui lui est personnel et qu'il juge concluant. Il le tire du § 94 du quatrième commentaire de Gaius. « *Olim, cum lege agebatur, pro lite et vindiciis, id est, pro re et fructibus, a possessore petitori dabantur prædes.* »

(1) Bekker : *Aktionen des rom. Privatrechts*, 2^e vol., p. 61 et s., 317 et s. ; 1^{er} vol., p. 203 et Bethmann-Holweg. *Civilproz* §§ 43 et 53.

(2) M. Esmein, *Nouv. revue hist.* 1877, p. 489 et s.

Dès cette époque, dit-il, il y a dans la revendication un demandeur et un défendeur au sens moderne, car les mots *possessor* et *petitor* ont un sens trop technique pour qu'on puisse en méconnaître la portée (1).

33. — Pour nous, le préteur est absolument libre de conférer la possession à qui bon lui semble, (Zimmern, *act.* § 40), et le possesseur ainsi constitué n'est pas dispensé de fournir la preuve de sa propriété. En effet, si le préteur doit fatalement accorder les *vindicte* au possesseur originaire et le dispense ainsi de toute preuve, la nécessité de la *contravindicatio* est inexplicable, et cependant cette *contravindicatio* existe, nous l'avons vu; bien mieux la concession des *vindicte* est elle-même absolument inutile et partant également inexplicable. Mais voici un motif plus général et qui réfute l'opinion plus large de M. Esmein: si par la concession des *vindicte* le préteur dispense de toute preuve celui qu'il constitue défendeur, quel qu'il soit, cela implique que le droit du possesseur à être judiciairement protégé est déjà reconnu; or, il ne l'est pas, sans quoi la question de possession devrait être réglée par un procès spécial, et c'est justement parce que ce droit n'est pas reconnu, que dans la revendication il faut régler provisoirement la possession (2).

D'après les textes, la *contravindicatio* existe toujours: dans ce système, elle n'existerait qu'autant que le préteur n'attribuerait pas la possession au possesseur originaire. Puis cela aboutirait à donner au préteur une influence considérable sur l'issue du procès, ce qui est inacceptable, nous l'avons montré, car le préteur est un magistrat imposé, tandis que le juge est choisi ou accepté par les deux parties.

(1) L. 15, § 2, XLVIII, 18.

(2) Ihering, *Int. poss.*, p. 66 à 69.

Quant aux textes, Gaius (IV, 16) dit : « *Prætor secundum alterum vindicias dicebat, id est, interim aliquem possessorem constituebat, eumque jubebat prædes adversario dare litis et vindiciarum, id est, rei et fructuum.* » C'est donc l'une des deux parties, n'importe laquelle, que le préteur constitue possesseur, et l'autre donne des *prædes* ADVERSARIO, non pas ACTORI. Ce que dit Gaius du *sacramentum*, lorsqu'il s'occupe spécialement de cette procédure, a évidemment plus d'autorité que ce qu'il en dit incidemment. Puis est-ce que la loi 2 § 24 *de or. jur.* ne nous parle pas de *vindicix a possessore abdictæ* ? D'ailleurs sans nier le sens technique des expressions *petitor* et *possessor*, on s'explique que Gaius les emploie : est-ce que, nonobstant pour chacune des deux parties la nécessité de prouver sa propriété, celle qui n'est point en possession n'est pas *petitor* par rapport du bien ? Est-ce que l'autre n'est pas *possessor* ?

34. — L'opinion que nous combattons a pour point de départ qu'il est défavorable pour le défendeur d'avoir à prouver son droit. C'est vrai dans nos idées modernes ; mais nous avons montré que la preuve d'un droit étant la condition de sa certitude, il était alors tout naturel que le défendeur dût faire sa preuve. — Le préteur était donc entièrement libre dans la concession des *vindicix*. Comment se décidait-il ? C'est ici que nous retrouvons notre garantie du droit de propriété. Nous avons dit que l'autorité morale du préteur devait suffire pour permettre à tout intéressé de réaliser directement son droit incontestable. Si l'adversaire refusait et que le procès eût lieu, il est clair que le préteur accordait la possession au titulaire du droit certain. Ce dernier était donc parfaitement pro-

tégé, qu'il fût ou non le possesseur originaire, puisqu'il avait le bien et que, par hypothèse, la preuve de son droit est supposée acquise. — Autrement, le préteur se guidait d'après les circonstances : par exemple, l'aptitude à mieux administrer, la solvabilité des *prædes*, etc. ; toutes choses égales, peut-être à celui dont le droit *prima facie* semblait le plus probable (1) : mais, encore une fois, il était libre, car les deux parties ayant des droits également incertains, aucune d'elles ne méritait plus que l'autre d'être protégée.

35. — Notons enfin que le possesseur devait fournir à son adversaire des cautions pour la restitution de la chose et des fruits, *prædes litis et vindictiarum* ; s'il ne pouvait les fournir, la possession passait à l'autre partie, à charge par elle de fournir ces cautions (2). Ce transfert de la possession, qui s'effectuait au cas où la partie désignée par le préteur ne réussissait pas à trouver des *prædes*, n'avait pas grande importance, puisqu'il n'exerçait aucune influence sur la question de preuve. — Quant à l'engagement des *prædes*, il servait doublement à la garantie de la propriété : d'abord il permettrait d'introduire dans la revendication certains rapports obligatoires, qui par essence n'y étaient pas compris : telle est l'obligation de rendre les fruits (3). — Ensuite, et c'était là sa principale utilité, il fournissait au gagnant un excellent moyen pour contraindre indirectement le perdant à lui restituer l'objet, ou si la restitution n'était pas opérée, pour se faire intégralement payer l'indemnité pécuniaire

(1) V. Appleton, *Nouv. Rev. hist.*, 1885, p. 481 et suiv.

(2) *Paul. sent.*, I, 11.

(3) Ihering, IV, p. 488.

fixée par le juge. — C'est évidemment pour le demandeur une précieuse garantie.

36. — G. — Supposons maintenant le procès soumis au juge: « Par la forme de l'action double, dit M. d'Ihering, (1). le juge était mis à même de prononcer sur le droit du demandeur et sur le droit du défendeur. Dès lors il pouvait résoudre négativement les deux questions à lui soumises; qui pouvait le forcer, s'il était convaincu qu'aucune des deux parties n'était propriétaire, à faire une déclaration en ce sens? Il n'avait qu'à proclamer *injustum* le *sacramentum* de chacune d'elles; l'Etat confisquait les deux *sacramenta*, et celle qui avait la possession la gardait. (2) » Ce point est très conversé (3).

A notre point de vue, la controverse importe peu, car du moment qu'aucun des deux adversaires n'est propriétaire, la garantie de la propriété est hors de cause. On nous dira que l'un d'eux l'est vraisemblablement, mais qu'il n'a pu le prouver, et qu'ainsi il n'est pas protégé. Si, car en fait le procès se résume, comme nous l'avons dit, dans l'appréciation des deux *causæ* : il suffit d'avoir à moitié prouvé sa *causa* pour avoir gain de cause : par exemple, si l'on prouve avoir acheté, le juge présume aisément que le vendeur était réellement propriétaire, etc. La revendication joue ici le rôle de l'action *publicienne* (4).

Le juge prononce en déclarant le *sacramentum* d'une des parties *justum*, celui de l'autre *injustum*. — Ici encore le perdant est plutôt *judicatus* que con-

(1) IV, t. et n. 124, 128 et 138.

(2) En ce sens, l. 27, § 1, XL, 12.

(3) Bekker, *loc. cit.* : Eck, cité par Ihering.

(4) Appleton, *loc. cit.*; Ihering, IV, p. 402 et notes; Cuq., *Nouvelle Revue historique*, p. 632-3.

demnatus (1), et c'est au gagnant, dont le droit est désormais certain, à réaliser lui-même ce droit. S'il est en possession, tout est dit; s'il n'est pas en possession, comme nous l'avons établi (n^{os} 19 et 20), il ne peut plus réclamer du perdant que la valeur pécuniaire de l'objet (2), à moins que celui-ci ne consente à le lui livrer volontairement, ce qui presque toujours arrivera, car le possesseur s'est engagé à rendre l'objet, et son engagement est garanti par des cautions.— On voit par là l'importance qu'il y a de reconnaître au prêteur le droit de conférer librement les *vindicte*: s'il doit fatalement les concéder au possesseur originaire, que va-t-il arriver? Un propriétaire évident est arrêté dans son exécution directe par l'opposition de mauvaise foi du possesseur; le prêteur ne réussit pas à vaincre cette opposition: il y a procès; le possesseur succombe, mais le gagnant n'aura

(1) Théoriquement, et en raison du mécanisme du *sacramentum*; mais Gaius (IV, 48, et surtout IV. 21) semble bien voir dans la sentence du juge une véritable condamnation; c'est ce qu'en fait on y voyait. — Beaucoup d'auteurs n'acceptent pas l'opinion émise au texte: selon eux, après avoir tranché la question du pari, le juge prononce une condamnation *ad ipsam rem*, exécutoire par la force. Tel est le sentiment de M. Bethmann Holwey (Civilproz, I, p. 189-196); il l'appuie sur un texte de la loi des Douze Tables (Nov. Ench. tab. XII, fr. 4): *si vindictiam falsam tulit... reus... damnum decedito*. — D'après M. Ortolan (II, § 1906): « Pour triompher de la résistance du perdant, on revient devant le prêteur, qui seul a l'*imperium* et l'exécution en matière de droits réels, s'opère *manu militari*. »

(2) L'*arbitrium litis æstimandæ*, qui suit la revendication (Val. Probus, *de not. antiq.*, § 4) a précisément pour but la détermination de l'indemnité à laquelle le demandeur a droit. Les auteurs qui admettent la condamnation *ad ipsam rem* sont embarrassés pour indiquer l'utilité de cet *arbitrium*; les uns (Acc., n^o 742) prétendent qu'on y a seulement recours quand l'exécution en nature est impossible; les autres (Ihering, IV, p. 188 et suiv.) soutiennent qu'il s'agit uniquement de fixer le montant des indemnités accessoires résultant du chef des fruits ou du chef des dégradations faites à la chose.

pas la chose même, si le perdant s'obstine à ne pas la livrer. Or, avoir la chose même ou obtenir seulement son équivalent pécuniaire, c'est très différent. Au contraire si le prêteur peut accorder la possession au demandeur, cet inconvénient est évité, et la propriété est d'autant mieux garantie.

37. -- H. — En résumé, comment faut-il envisager la garantie de la propriété dans le troisième système? La propriété se trouve encore également garantie dans ses moyens offensifs et dans ses moyens défensifs; la part faite à l'idée d'attaque est exactement celle faite à l'idée de défense. L'intervention officieuse du prêteur, jointe à son droit de concéder librement les *vindiciae*, fait que le propriétaire obtient ou garde la possession, obtient ou garde la chose même, objet de sa propriété. La question de preuve, si importante de nos jours, est alors indifférente. — Si le droit est douteux, l'égalité de condition est obtenue non seulement par l'égalité dans la preuve, mais aussi par l'égalité de fait résultant de ce que *pendente lite* l'objet litigieux se trouve à la fois dans le patrimoine de chacune des deux parties; il est en nature chez l'une, et chez l'autre il est représenté par une créance garantie par les *praedes*. Après la sentence du juge, le gagnant ne peut juridiquement prétendre à l'objet même, mais il l'obtient en fait, soit que le perdant le lui laisse volontairement prendre, soit qu'il le lui livre grâce à la médiation du prêteur. D'ailleurs les *praedes* sont garants de cette exécution en nature.

IV. — QUATRIÈME PÉRIODE

38. — La principale garantie de la propriété consistait, nous venons de le voir, dans l'intervention officieuse du prêteur. Mais quelle que fût l'évidence des droits de l'une des parties, il n'était pas toujours facile d'amener l'autre à les reconnaître volontairement. Cela devint de moins en moins aisé, car avec le temps et à mesure que la civilisation augmenta, l'ascendant personnel du prêteur sur les plaideurs s'amointrit. On sentit le besoin d'un expédient pour vaincre cette obstination ; on le trouva sans peine. La partie récalcitrante stipule de l'autre : « *Si homo quo de agitur ex jure Quiritium meus est, sestertios XXV nummos dare spondes?* » Pour établir que la somme promise lui est due, elle est obligée de démontrer sa propriété ; or, elle n'y réussit pas, puisque nous avons supposé le droit de son adversaire certain. Il semble, au premier abord, qu'il n'y ait aucun avantage à procéder ainsi, car procès pour procès, pourquoi ne pas revendiquer ? Nous ferons d'abord remarquer qu'on dut recourir assez tard à cet expédient, quand déjà les mœurs et les conditions de la vie sociale étaient profondément modifiées(1) ; puis il a son utilité, a) il facilite l'intervention du prêteur ; b) l'action personnelle est moins compliquée que l'action réelle ; γ) la preuve est mise à la charge du stipulant seul ; sans doute la dispense de preuve n'est pas une bien grande faveur pour le pro-

(1) Au 5^e et 6^e S., il s'opéra une révolution économique et une profonde modification dans les mœurs (Appleton, *loc. cit.*, note 19).

mettant dont le droit, par hypothèse, est certain, c'est-à-dire prouvé. Cependant, quelque fois, encore que les preuves alléguées soient concluantes, leur production peut être coûteuse ou difficile; puis les temps sont changés; δ) enfin cela évite au promettant d'avoir à fournir un *sacramentum* de 500 as, ce qui peut être onéreux. Il suffit de stipuler une somme telle qu'on ait seulement à fournir un *sacramentum* de 50 as (1). En outre, au moyen d'une *satisfactio pro præde litis et vindiciarum*, le promettant s'engage à restituer le bien le cas échéant, engagement sans conséquence puisque sa propriété est certaine.

39. — A l'origine, cet expédient était vraisemblablement employé, quelle que fût la situation du vrai propriétaire par rapport à l'objet litigieux (2). Plus tard, quand les interdits possessoires eurent été créés (v. nos 62 à 65.), quand la possession fut protégée pour elle-même et en tant que position avancée de la propriété, il devint exclusivement un moyen de garantir la propriété sous sa forme défensive. En effet, avec le temps et à mesure que la civilisation grandissait, la possession apparaissait comme un signe de plus en plus certain de la propriété. On comprenait que pour assurer le développement de la propriété, il fallait protéger le possesseur. Puis insensiblement on en vint à ne plus permettre aux intéressés de réaliser eux-mêmes leurs droits (3): là encore le propriétaire défendeur se trouvait mieux traité que le propriétaire demandeur, car

(1) Voir Stintzing, cité par Keller, des *Actions*, note 304.

(2) Nous supposons, bien entendu, que si le vrai propriétaire est demandeur, la restitution officieusement ordonnée par le préteur a été préalablement effectuée.

(3) Sous Auguste, la loi *Julia de vi privata et publica* punit celui qui se fait justice lui-même.

son droit se trouvant déjà réalisé en fait, il lui était plus facile de le réaliser en droit.

La *sponsio* était un expédient pour soumettre indirectement au juge la question de propriété : on finit par la lui soumettre directement au moyen de la *formula petitoria*. Ces deux procédés subsistèrent longtemps, concurremment au *sacramentum* (1). On peut s'en étonner ; mais il est présumable qu'au début ils s'appliquaient au cas où la propriété du défendeur était certaine ou très-probable, tandis qu'on recourait au *sacramentum* quand les droits des deux adversaires étaient également incertains ; peut-être s'appliquaient-ils quand la possession n'était pas contestée, tandis que le *sacramentum* était employé, quand la possession était, elle aussi, incertaine. Plus tard on put indifféremment employer un des trois procédés.

40. — A. — Au droit classique, la revendication s'exerçait normalement *per formulam petitoriam* : comment les choses se passaient-elles ?

L'idée fondamentale est que les deux parties, par un contrat conclu en présence du prêteur, doivent accepter de ce magistrat la formule par laquelle il soumet au juge leur différend, et lui donne pouvoir de condamner ou d'absoudre le défendeur (2). 1) Quand le défendeur fait défaut *in jure*, la conclusion de ce contrat, et par suite le règlement du procès, est impossible. Aussi le demandeur obtient-il du prêteur la *missio in possessionem* de tous les biens du défendeur, considéré comme *indefensus*, et il peut alors procéder à la *bono-*

(1) Depuis la loi *Æbutia* (520, 577 ou 583 de Rome) jusqu'au droit classique. — Cicéron, *In Verr.*, I, 45 ; II, 12 ; *pro Mur.*, 12 ; Gaius, IV, 91 et 93. Voir *Acc.*, n° 747.

(2) Comp. Ulpien, l. 3, § 11, XV, 1.

rum venditio (1). Mais le défendeur est libre de s'opposer à la vente, en prouvant que l'action du demandeur n'aurait pas réussi (2). β) *In judicio*, la défaillance d'une des parties n'empêche pas la procédure de suivre son cours (3). Le jugement peut être rendu en faveur du défaillant, mais s'il succombe, toute voie de recours lui est interdite (4). γ) La revendication ne peut être exercée que par le propriétaire qui ne possède pas, car le propriétaire qui possède est protégé par les interdits possessoires (5). S'il y a contestation sur le fait même de la possession, il faut la trancher au moyen de l'interdit *uti possidetis*, s'il s'agit d'un immeuble, *utrubi*, s'il s'agit d'un meuble (6). δ) Le demandeur seul doit établir la preuve de sa propriété (7) et l'objet litigieux reste entre les mains du possesseur; mais ce dernier est tenu de fournir à son adversaire la *cautio judicatum solvi*, qui a pour but d'assurer l'exécution des restitutions ou condamnations prononcées par le juge (8). ε) La condamnation est pécuniaire, mais elle n'a lieu que si le défendeur ne restitue pas, sur l'ordre que lui en donne le juge.

41. — B. — Comment la propriété se trouvait-elle alors garantie?

La revendication n'est plus pour elle un moyen de protection aussi complet que jadis, car il y a maintenant les interdits possessoires et l'action publicienne.

— Au fond, les Romains n'ont pas abandonné leur

(1) L. 2; l. 7, § 1, XLII, 4.

(2) L. 2, § 3, h. t.

(3) Lois 68 à 71; l. 73. pr. V, 1.

(4) L. 73, § 3, h. t.

(5) L. 1, § 6, XLIII, 17.

(6) L. 13, c. III, 32; l. 3, c. VIII, 1.

(7) *Inst.*, § 4, IV, 15.

(8) Gaius, IV, § 89 et 91.

vieille distinction du droit contestable et du droit incontestable. La procédure *in jure* est évidemment destinée à mettre les deux parties en présence d'un magistrat qui, par son autorité morale, doit les concilier; si le droit de l'une est certain, il amènera l'autre à le reconnaître : de là l'importance de la *confessio in jure* (1). Aussi, n'y a-t-il procès que si les deux parties comparaissent devant ce magistrat; quand le défendeur fait défaut *in jure*, c'est par des moyens indirects qu'on satisfait le demandeur; *in judicio* le défaut du défendeur est sans importance, car tout espoir de conciliation est perdu. — En principe donc, tout procès suppose un droit douteux : cependant, le demandeur seul est obligé de faire sa preuve. Certains auteurs disent : c'est parce que *in pari causa melior est causa possidentis* (2). Non; le défendeur n'ayant pas à faire de preuve, on ne peut savoir si, le cas échéant, il ne la ferait pas. C'est parce que déjà la propriété se trouve plus fortement garantie sous sa forme défensive, et ce changement tient à ce que la possession apparaît comme un indice de plus en plus sérieux de la propriété. D'ailleurs, au fond, la faveur faite au possesseur est assez mince; juridiquement, elle ne va pas au-delà de l'exemption de la preuve : on ne lui reconnaît pas encore le droit de se soustraire à toute procédure, s'il croit que son adversaire échouera dans ses attaques : quand il ne comparaît pas *in jure*, il n'y a pas, nous l'avons dit, possibilité d'un procès. — Il garde la possession, mais en retour, il est obligé de fournir la *cautio judicatum solvi* : c'est donc que sa possession n'empêche pas qu'on suspecte dès à présent sa propriété.

(1) L. 1, LXII, 2.

(2) Acc., n° 806.

Du reste, cette caution n'est pas seulement destinée à compenser au profit du demandeur la jouissance intérimaire dont il est privé, elle est destinée à compenser d'une manière générale les désavantages de sa situation, l'*onus petitionis*, comme dit Ulpien(1).

S'il ne l'obtient pas, et à la condition de la fournir lui-même, il se fait attribuer la possession au moyen d'un interdit *Quem fundum* : il est alors dispensé d'établir le bien fondé de sa prétention, et c'est sur le possesseur originaire que retombe le fardeau de la preuve (2). — On voit par là combien la protection accordée au possesseur est plus superficielle que profonde, puisque, faute de pouvoir trouver des fidéjusseurs qui accèdent à sa promesse, il perd tous les avantages de sa possession, le *commodum possessionis*. On voit aussi combien est encore vivace la tradition d'après laquelle le demandeur doit avoir une condition égale à celle du défendeur.

42. — Les tendances de la pratique montrent bien qu'on n'hésite pas à protéger le revendiquant, même aux dépens du possesseur. Pegasus soutenait avec raison que le défendeur à la revendication doit être un *possessor cum animo domini* ; l'opinion contraire prévalut (3), et cela pour épargner au demandeur les dangers d'une usucapion accomplie *inter moras litis*. Or, qu'arrive-t-il ? Le simple détenteur, actionné pour une affaire qui en réalité n'est pas la sienne, peut refuser de donner la *cautio judicatum solvi*. Le demandeur se fait alors livrer l'objet, et le vrai possesseur, pour le ravoir, devra revendiquer et faire sa

(1) L. 1, § 3, XLIII, 17.

(2) *Fr. Vat.*, § 92 ; *Ulp., fr. Vind.*, § 74.

(3) *Ulp.*, l. 9, VI, 1.

preuve. — Voilà encore un exemple d'un possesseur privé des avantages de sa position, et cependant, il n'a peut-être rien pu faire pour éviter ce danger qu'il ignorait apparemment; peut-être est-il victime d'une entente frauduleuse entre le détenteur et son adversaire. Sans doute, le détenteur est responsable de sa faute ou de son dol, mais son insolvabilité est à craindre; puis, en admettant que le *dominus*, dans la revendication, réussisse à prouver sa propriété, il peut ne pas obtenir l'objet, si son adversaire ne le restitue pas volontairement. — C'est seulement au quatrième siècle qu'on prend en considération la situation vraiment fâcheuse du *possessor cum animo domini*; et encore ne le fait-on que s'il s'agit d'une propriété immobilière. Quand le revendiquant actionne un simple détenteur, Constantin (1), organise une procédure pour mettre en cause le vrai possesseur : celui-ci est averti, il peut se défendre. S'il ne le fait pas, il ne saurait se plaindre de ce que sa condition va se trouver empirée.

43. — Que conclure de tout cela? — C'est qu'on n'a pas encore complètement reconnu la nécessité de garantir la propriété plutôt dans ses moyens de défense que dans ses moyens d'attaque : on l'admet en principe, mais, en fait, on la méconnaît. Et ce défaut de garantie certaine pour la propriété sous sa forme défensive, a plus de conséquences qu'on ne le croit au premier abord. — Les interdits possessoires constituent une des garanties les plus efficaces de la propriété; grâce à eux, un propriétaire apparent obtient le libre exercice de son droit, provisoirement du moins;

(1) L. 2, c. III, 49.

grâce à eux, il est assuré de jouer le rôle de défendeur à la *rei vindicatio*, protection définitive de la propriété. — Mais, à bien considérer, les interdits ne protègent la propriété qu'autant que, dans la revendication, le propriétaire apparent est effectivement protégé; ils ne procurent donc à la propriété qu'une garantie bien insuffisante, puisque le possesseur, lors de la *rei vindicatio*, n'est pas certain de pouvoir garder le rôle de défendeur. — De même si, dans l'action publicienne, le demandeur doit échouer quand il se heurte à un droit égal au sien, c'est que la présomption (1) de propriété qui existe à son profit existe également au profit de son adversaire. Enlever la possession au défendeur et la transférer au demandeur, c'est véritablement spolier le premier; car c'est en vain qu'il prouvera son juste titre et sa bonne foi, il devra fatalement succomber. — La publicienne, qu'on le remarque bien, n'est pas uniquement destinée à protéger la propriété sous sa forme offensive, comme on serait disposé à le croire en voyant les jurisconsultes s'occuper avant tout des conditions exigées pour réussir dans cette action. Elle est destinée à protéger la propriété présumée, quel que soit au procès le rôle du possesseur, propriétaire probable. Or, c'est évidemment en faveur du possesseur actuel que la présomption de propriété est la plus forte; quant au demandeur, il est possible que jadis il ait été propriétaire, mais il ne doit plus l'être aujourd'hui, puisqu'un autre possède son prétendu bien.

Le possesseur actuel, nous l'avons vu, n'est pas sûr

(1) Présomption de propriété : car en tant qu'elle protège la propriété, la publicienne suppose un *verus dominus*, qui ne peut faire preuve de son droit.

de conserver son rôle de défendeur : c'est donc que la propriété est mal garantie.

44. — Ce qui pour le demandeur compense les désavantages de sa condition, c'est la *cautio judicatum solvi*, à laquelle des fidéjusseurs doivent accéder. S'il triomphe, le jugement aura pour effet de le rendre créancier du défendeur, mais il n'a pas à redouter son insolvabilité : sa créance, qui comprend l'estimation pécuniaire du bien et le montant des condamnations accessoires, lui sera intégralement payée. Puis, grâce à cette caution, avec ses trois chefs *de re defendenda*, *de dolo malo*, *de re judicata* (1), il tient en quelque sorte le défendeur en bride. De nos jours, le demandeur est moins heureux : il est souvent désarmé contre la mauvaise foi d'un adversaire retors ; souvent aussi, rien ne lui garantit le paiement des indemnités accessoires auxquelles il peut prétendre.

45. — Dans le système des condamnations pécuniaires, le revendiquant n'obtient pas une satisfaction adéquate à son droit : il n'obtient pas l'objet même qu'il a fait reconnaître sien. On peut craindre qu'un tel usage ne soit pour la propriété une cause sérieuse de dépréciation. Non : les choses se passent à l'époque classique comme elles se passaient au temps des *legis actiones* : en fait, le perdant livre l'objet (2). La revendication est une action arbitraire : le juge, avant de condamner le défendeur, indique la restitution qu'il doit opérer, pour être absous, et dans

(1) L. 6, XLVI, 7.

(2) En restituant, le défendeur est obligé de *cavere de dolo* : c'est une nouvelle garantie pour le demandeur (l. 18, VI, 4).

un premier jugement, appelé *pronuntiatio*, il lui intime l'ordre de restituer. Le défendeur obéira presque toujours, car s'il a l'objet en sa possession, et que, *contumax*, il ne le livre point, c'est le demandeur lui-même qui, sous la foi du serment, fixera le montant de la condamnation (1). Cette contrainte indirecte, mais puissante, suffira d'ordinaire pour assurer l'exécution en nature de *l'arbitrium judicis*; d'ailleurs la désobéissance à l'ordre du juge donne ouverture à l'*actio ex stipulatu*, tant contre le défendeur que contre ses cautions, ce qui est plus important (2).

46. — Cette utilité toute spéciale, mais si considérable, de la *cautio judicatum solvi*, explique peut-être que cette *cautio* continua d'être exigée du défendeur, malgré la faveur toujours croissante de la possession. La menace d'une condamnation pécuniaire, même exagérée, était sans prise sur un défendeur insolvable. Sans doute, le revendiquant avait la faculté de poursuivre sur le bien litigieux le recouvrement de sa créance, mais il concourait avec les autres créanciers de son débiteur, et à défaut de créanciers réels, ce dernier, évidemment un malhonnête homme, devait toujours s'arranger pour avoir des créanciers fictifs. Ainsi la seule garantie du demandeur ne consistait en bien des cas que dans l'engagement des fidéjusseurs, qui lors de la *cautio judicatum solvi* accédaient à la promesse du défendeur. — Refuser cette caution, c'eût été souvent un moyen de rendre inutile et vaine l'action du revendiquant : de là l'idée d'un interdit *Quem fundum* pour transférer à celui-ci la possession avec tous ses avantages : somme toute, le

1) L. 73, XLVI, 1; l. 46, VI, 1.

(2) Gaius, IV, 89.

défendeur ne pouvait se plaindre, puisque sa condition n'était empirée que par sa faute ou du moins par son fait.

Quand le défendeur ne trouvait personne qui consentit à garantir sa promesse, on décidait de même, et la possession passait au demandeur. Cette solution est très rigoureuse, puisqu'elle a pour conséquence de rejeter sur le défendeur le fardeau de la preuve; mais elle se comprend, car la *cautio judicatum solvi* n'a sa raison d'être que par l'engagement des fidéjusseurs. Cet engagement n'était pas seulement pour le demandeur un moyen d'arriver plus vite ou plus sûrement à son but : c'était parfois l'unique moyen de l'atteindre. En fait, le plus communément, c'étaient les coquins qui ne trouvaient pas de garants, ou qui n'en présentaient que d'insolvables. Mais il pouvait arriver qu'un honnête homme n'en trouvât point, soit par suite de sa situation misérable (1), soit par suite de la crainte qu'inspirait l'influence de son adversaire (2). L'iniquité du résultat est alors manifeste. En pareil cas, il eût fallu inventer un autre expédient que la dispense de preuve au profit du demandeur. — Cet expédient, la condamnation *ad ipsam rem* le fournissait : aussi, quand, avec la procédure formulaire, le système des condamnations pécuniaires eût disparu, la caution *judicatum solvi* n'avait plus qu'à disparaître à son tour, et c'est une réforme que Justinien, nous le verrons, réalisa en partie.

(1) En pratique, les fidéjusseurs étaient des banquiers ; si le plaideur qui sollicitait leur concours n'avait aucun crédit, ils devaient le lui refuser. Il arrivait donc fréquemment qu'un défendeur ne trouvât pas de garants.

(2) Ce qu'on nous dit à propos des aliénations *judicii mutandi causa factæ* rend cette supposition très-admissible (Dig., IV, 7; lois 1 et 12.)

Ce qu'il importe de retenir, c'est que la propriété sous sa forme défensive n'était encore, malgré l'apparence, qu'imparfaitement garantie, et cela tenait aux obstacles de fait que cette protection rencontrait dans l'usage des condamnations pécuniaires. C'est un exemple très-remarquable d'un progrès nécessaire et fatal, retardé pendant des siècles peut-être, parce qu'il se heurtait à une institution juridique qui, depuis bien longtemps n'avait plus sa raison d'être.

47. — En fait, avons-nous dit, grâce au *juramentum in litem* et à la *satisfactio judicatum solvi*, le revendiquant était assuré d'obtenir la chose même. Mais peut-être avait-il une garantie plus forte.

D'après un texte d'Ulpien, la loi 68, de *rei vind.*, dans les cas où la restitution est possible, le juge aurait le droit d'employer la force publique pour transférer la possession du défendeur au demandeur. Ainsi, dans les actions arbitraires le *jussum judicis* serait exécutoire *manu militari*. Beaucoup d'auteurs déclarent ce texte interpolé : si à l'époque classique l'ordre du juge était directement exécutoire, il n'était pas nécessaire d'imaginer un moyen indirect de contrainte : comment expliquer alors la fixation de la condamnation par le demandeur (1)? D'autres prétendent que l'exécution forcée est un usage remontant aux premiers temps de la procédure *per formulam petitoriam* : ils invoquent un passage de Cicéron : *Non necesse erit L. Octavio judici COGERE P. Servilium Q. Catulo fundum restituere aut condemnare eum quem non oporteat?* Ils invoquent aussi les lois 9, 58 et 63 de *Rei Vindica-*

(1) Ant. Faber, *Conj.*, XVI, 17; Savigny, *System*, V, § 221; Demangeat, *Fonds dotal*, p. 121 et suivantes.

tione où les mêmes termes sont employés (1). Non : tous ces textes s'expliquent suffisamment par la contrainte indirecte et morale.

M. Pellat (2) rejette cette opinion, mais il pense que du temps d'Ulpien l'ordre du juge s'exécutait *manu militari*, et qu'enfin la pratique avait eu raison du principe des condamnations pécuniaires en matière réelle. « Rien dans ce texte, dit-il, n'indique une interpolation : l'expression *manus militaris* se retrouve dans un texte d'Ulpien non interpolé, la loi 3, pr. XLIII. 4. Cette *manus militaris* désigne les *officiales* agents d'exécution, qui avaient, sous l'Empire, remplacé les *lictores* et les *viatores* ; ils avaient un caractère militaire et étaient souvent empruntés à l'armée, tandis que leurs prédécesseurs avaient un caractère purement civil. Comme depuis Constantin les emplois civils et militaires ont été séparés, et que, depuis une constitution de Théodose le Jeune (393) (3), il est défendu de réquérir la force militaire proprement dite, lorsqu'il s'agit d'intérêts civils, Tribonien, s'il eût remanié le texte d'Ulpien, n'eût pas employé l'expression *manus militaris* ; de même il n'aurait pas dit (V. l. 68), qu'après restitution du fonds, il n'y avait condamnation que pour les fruits et accessoires, car de son temps on condamnait *ad ipsam rem*. » — Ainsi, selon M. Pellat, dès le droit classique, le demandeur obtiendrait l'objet même de sa propriété, mais à la condition qu'il ne s'agit que d'un déplacement matériel de cet objet ; car si l'usucapion s'est accomplie *inter moras litis* au profit du défendeur, il

(1) Zimmern, *Actions*, § 65, n° 11, et § 67, t. et n° 8.

(2) *Prop. et Usuf.*, ad., h. l. — Adde : Keller, *Actions*, § 81, n° 982 ; Ortolan, *Inst.*, II, n° 1994 ; Acc., n° 867.

(3) L. l. c. l, 46.

s'agirait d'un transport de propriété, ce qui exige le concours de sa volonté : or rien ne peut directement contraindre cette volonté. D'ailleurs le demandeur pourrait recouvrer matériellement le bien, et il acquerrait promptement la propriété au moyen de l'usucapion (1).

48. — Si cette opinion était fondée, l'exécution forcée du *jussum judicis* serait une nouvelle et puissante garantie pour le propriétaire demandeur. Mais, malgré l'autorité de M. Pellat, il est plus sûr de penser que jamais au droit classique le *jussum judicis* ne fût exécutoire *manu militari*.

Dans la loi 68, il doit s'agir de la restitution d'un fidéicommis (2), car dans les livres 50 et 51 de ses commentaires sur l'Edit, Ulpien traitait des fidéicommis. En effet, dans un titre du Digeste (xxix, 4), on trouve un assez grand nombre de fragments d'Ulpien, tirés du livre 50, et les plus importants se réfèrent expressément à la matière des fidéicommis (3). Le livre 51 n'a fourni que six fragments au Digeste : deux (4), sont relatifs aux fidéicommis ; un (5), se rapporte aux legs ; deux (6), n'indiquent que des solutions incidentes. Le dernier enfin est notre loi 68. — S'il est vrai qu'Ulpien n'ait en vue que la restitution d'un fidéicommis, on s'explique aisément les décisions qu'il donne. Tout procès sur les fidéicommis était de la compétence du *prætor fideicommiss-*

(1) Adde., argument tiré de la combinaison des lois 69 et 46, VI, 4.

(2) Demangeat, *loc. cit.*, p. 121, n° 5, et les auteurs cités dans cette note.

(3) L. 1, § 9 ; l. 6 ; l. 10, § 1 ; l. 12, pr. XXIX, 4.

(4) L. 9, VII, 9 ; l. 51, XLV, 1.

(5) L. 71, XXX.

(6) L. 64, VII, 1 ; l. 30, XLVI, 3.

sarius (1), Les jugements de ce magistrat, investi de l'*imperium*, étaient exécutoires *manu militari*. C'est ce qui résulte formellement d'un autre texte d'Ulpien, (2), « *Eum... qui per dolum venit in possessionem... coget decedere... prætoria vel manu minorum* » et surtout de la loi 3. XLIII. 4, toujours d'Ulpien, cette loi dans laquelle il emploie, comme dans la loi 68, l'expression *manus militaris*, et qui, elle, se réfère précisément à l'exécution forcée d'un *missio in poss. fideicommissi servandi causa*.

Contre cette interprétation de la loi 68, on peut objecter le dernier alinéa de cette loi : *hæc sententia generalis est et ad omnia sive interdicta, sive actiones in rem, sive in personam sunt, ex quibus arbitratus iudicis quid restituitur, locum habet*. Mais il ne faut pas hésiter à dire que c'est là une addition de Tribonien : le style n'est plus le même que dans le reste du fragment ; puis si dans la loi 68, Ulpien déclare sa solution générale, comment expliquer les lois 1, § 2, XXV, 5 et 3, XLIII, 4, où il la déclare spéciale aux fidéicommissis ? L'interpolation de la loi 68 est apparente : on l'a corrigée pour la mettre d'accord avec le principe nouveau des condamnations *ad ipsam rem*, mais on a oublié de corriger les deux autres, sans doute parce qu'elles n'avaient pas la portée générale de la première. De même, c'est à cause du système nouveau de procédure que, dans la loi 68, le mot *iudex* a été substitué au mot *prætor* (3).

Ainsi, jamais le droit classique ne connut le principe des condamnations *ad ipsam rem* dans la *rei vindi-*

(1) *Inst.*, II, 23. § 1.

(2) L. 1, § 2, XXV, 5.

(3) Voir l'exposé de cette doctrine dans la thèse de M. Montagnon, nos 21 et 22.

catio. Privé en droit de cette garantie, le demandeur l'avait en fait, comme nous l'avons dit, grâce à la contrainte indirecte qu'il exerçait sur le défendeur par son droit de fixer lui-même le montant de la condamnation pécuniaire, et surtout grâce à l'action *ex stipulatu* qu'il pouvait intenter contre les fidéjusseurs de son adversaire. A défaut de sa chose qu'il recouvrait presque toujours, il était sûr d'obtenir une forte indemnité, sans avoir à craindre l'insolvabilité du perdant.

49. — D. — En résumé, quelle est dans la revendication du droit classique la part faite à l'idée d'attaque, la part faite à l'idée de défense? Théoriquement, la propriété se trouve déjà mieux garantie sous sa forme défensive que sous sa forme offensive, puisque en principe le défendeur est dispensé de la preuve et qu'il conserve la possession. Mais c'est là une théorie nouvelle, qui n'est pas encore complètement entrée dans les mœurs et qui se heurte à la règle des condamnations pécuniaires : très souvent, et sans qu'il ait toujours pu l'éviter, le défendeur perd tous ses avantages qui passent à son adversaire. A tous autres égards, le droit de possesseur à être plus fortement protégé n'est pas reconnu : il n'est pas libre de faire défaut, et il doit fournir la *satisfactio judicatum solvi*. — Quant au demandeur, il est puissamment garanti par cette *satisfactio*.

V. CINQUIÈME PÉRIODE

50. — Le système formulaire disparut au début du quatrième siècle (294-305) (1). Désormais, les magistrats jugèrent eux-mêmes. α) A l'égard des *indefensi*, on maintient l'usage des voies d'exécution (2). β) Comme jadis, la défaillance d'une des parties après la *litis contestatio* n'empêche pas le procès de suivre son cours (3). γ) A partir de la *litis contestatio*, le demandeur ne peut céder son droit d'action et le défendeur ne peut aliéner l'objet litigieux (4); δ) la condamnation porte sur la chose elle-même (5). ε) Quant aux sûretés que le défendeur est tenu de fournir au demandeur, Justinien distingue trois situations : 1° si l'intéressé défend lui-même, on n'exige de lui aucune *cautio* pour l'exécution du jugement : mais il doit s'engager à ne pas faire défaut (6). 2° Si, étant présent, il se fait représenter par un *procurator*, il doit fournir au demandeur la *cautio judicatum solvi* avec ses trois chefs, constituer à son profit une hypothèque sur tous ses biens, s'engager enfin à comparaître devant le juge, lors du prononcé de la sentence, engagement accompagné de *satisfactio* (7). 3° Si en l'absence du *dominus*

(1) L. 2, c. III, 3.

(2) Acc., n° 784.

(3) L. 7 et 1, 3, c. VII, 13.

(4) Le demandeur et le défendeur sont également atteints par cette prohibition ; elle a pour but d'éviter les aliénations *judicii mutandi causa factæ* et de protéger les tiers. La garantie de la propriété n'en est pas diminuée, au contraire (l. 2, l. 4, C. VIII, 37.

5) *Inst.*, § 32, IV, 6.

6) *Inst.*, § 2, IV, 11.

(7) *Inst.*, § 4, h. t.

litis un tiers se présente pour défendre en ses lieu et place, ce tiers doit fournir la *cautio judicatum solvi*, avec ses trois chefs d'obligation (1).

51. — Prenons l'hypothèse normale, celle où le véritable intéressé défend lui-même. L'attaque n'a plus pour effet de rendre suspecte la propriété du possesseur; elle n'a plus pour effet d'empirer sa condition présente. Avant de rien exiger de lui, le demandeur doit faire sa preuve. C'est donc la possession et rien que la possession qui désigne le défendeur, et cette possession, jusqu'à ce qu'il soit démontré qu'elle est menteuse, lui est conservée dans toute son intégrité. Ainsi la nécessité de garantir la propriété surtout dans ses moyens de défense est désormais reconnue. Elle aurait dû l'être depuis longtemps déjà, car dans une société civilisée la sécurité est indispensable au développement de la propriété, et la sécurité n'est obtenue qu'en protégeant la possession, c'est-à-dire la propriété apparente, contre des attaques probablement mal fondées. S'il a fallu attendre jusqu'à Justinien pour voir cette nécessité reconnue (2), c'est, nous l'avons dit (n° 46), que la protection de la propriété, sous cette forme, était inconciliable avec le principe des condamnations pécuniaires : elle eût entraîné l'absence complète de garantie pour la propriété dans ses moyens offensifs. Ce qui permit la réforme de Justinien, c'est que le système des condamnations *ad ipsam rem*, emprunté à l'ancienne *cognitio extraordinaria*, était devenu général depuis Dioclétien (3). La pratique

(1) § 5, h. t.

(2) *Inst.*, § 4, IV, 15.

(3) *Arg. l.* 17, c. VII, 4.

avait sans doute montré l'odieuse iniquité de la *cautio judicatum solvi*, désormais sans véritable objet. Elle n'avait plus qu'une utilité bien secondaire : assurer au demandeur le paiement des indemnités accessoires. N'était-il pas scandaleux, pour un résultat si médiocre, d'exposer le défendeur à se voir contraint d'assumer le fardeau si lourd de la preuve? En effet, cette caution n'est pas exorbitante, parce que le défendeur est tenu de donner des sûretés son adversaire; elle est exorbitante, parce qu'il risque de perdre son bien, s'il ne les donne pas. Dans la procédure nouvelle, elle n'était plus pour la propriété qu'une cause de dépréciation : il fallait donc ou la modifier ou la supprimer. Justinien fit à la fois l'un et l'autre.

52. — D'ailleurs la protection exclusive en fait de la propriété dans ses moyens de défense avait à lutter contre la tradition, car pendant plus de dix siècles le demandeur et le défendeur avaient eu une condition égale ou du moins très-rapprochée. Cette tradition était encore si vivante, que vraisemblablement Justinien en a lui aussi subi l'influence : car, comment expliquer autrement qu'il n'ait pas permis au possesseur de se faire librement défendre par un mandataire? N'est-ce pas au fond empirer sa condition que de l'obliger à plaider lui-même, s'il veut garder intacte sa situation présente? Dès l'instant où le jugement obtenu contre son représentant lui est opposable (1), n'est-ce pas comme s'il avait été rendu contre lui-même? Aussi ne saisit-on pas la raison de la distinction faite par Justinien; on aperçoit moins

(1) L. 4, pr. XLII. l.

encore le motif qui l'a poussé à accumuler au profit du demandeur plaidant contre un *procurator* garantie sur garantie. Mais on conçoit qu'il ait voulu protéger ce dernier, quand il accepte le débat en présence d'un défendeur, simple gérant d'affaires, par rapport au possesseur.

53. — En fait, le défendeur est très-protégé. Cependant il n'est pas encore libre de faire défaut : s'il ne comparaît pas devant le magistrat, ou s'il ne suit pas la procédure jusqu'à la *litis contestatio*, on recourt immédiatement contre lui aux voies d'exécution, et le procès ne suit pas son cours : s'il en est ainsi, ce n'est assurément pas que le règlement du litige exige, comme autrefois, une entente contractuelle des deux parties : le juge en effet leur est maintenant imposé. Il faut voir là un souvenir de cette vieille règle du droit romain, qu'au cas où l'une des prétentions est certaine le magistrat doit concilier les parties : elles devront donc à cet effet comparaître toutes deux devant lui. Cette comparution obligatoire est gênante pour le possesseur : elle est une atteinte à son droit de défendeur ; mais, qu'on le remarque bien, la promesse qu'il doit fournir de suivre la procédure ne porte que sur son fait personnel, elle ne touche pas le fond du droit. — La condition du demandeur est dure, mais c'est la conséquence que la propriété doit être garantie. D'ailleurs, puisque désormais il y a condamnation *ad ipsam rem*, il se trouve à peu près dans la même situation que du temps où il obtenait la *cautio judicatum solvi*.

54. — En résumé, c'est surtout sous sa forme défensive que la propriété est désormais protégée, bien

que le possesseur soit encore parfois obligé de fournir des sûretés; et cette préférence de défendeur au demandeur est absolument nécessaire pour la garantie effective de la propriété. — Un dernier progrès, que le droit romain n'a pas réalisé, consistera à donner au possesseur la plus entière liberté de comprendre et d'organiser sa défense.

VI. — CONCLUSION

55. — Ainsi, il y a cinq périodes dans l'histoire de la *rei vindicatio* : toutes s'enchaînent, et elles nous offrent le tableau d'une suite ininterrompue de progrès. Dans la première, la propriété trouve sa garantie dans ces sentiments naturels d'équité qui animent les foules : la cité entière prend fait et cause pour le vrai propriétaire. Dans la seconde, les intéressés se font justice eux-mêmes, directement, si leur droit est certain, après arbitrage, s'il est douteux. Dans la troisième, le principe est le même ; mais autrefois l'intéressé était le propre juge de la certitude de ses droits : maintenant c'est l'Etat, représenté par le prêteur, qui est juge de cette certitude. Dans les deux dernières, la mission de protéger la propriété incombe exclusivement à la justice sociale : le propriétaire n'est plus libre de pourvoir lui-même à sa sûreté, mais aussi, l'Etat a pris des mesures pour que la propriété se trouvât effectivement garantie.

56. — Cette histoire de la *rei vindicatio* est intéressante, parce qu'elle nous montre le travail incessant des jurisconsultes dans l'analyse exacte des principes, et dans l'art de savoir les concilier avec les nécessités pratiques, qui changent avec le temps.

Les Romains sont partis de ce principe que les droits incontestables doivent se réaliser directement, sans qu'il soit besoin d'un procès : donc, dans tout procès, les droits des deux parties étant supposés également incertains, il faut que la condition de toutes deux soit absolument égale. Cette égalité de condition, pendant les trois premières périodes, les Romains l'ont obtenue, soit au point de vue des droits certains, soit à celui des droits incertains. S'ils ont pu l'obtenir, c'est que l'état social comportait une telle égalité ; c'est aussi que leurs procédés de justice permettaient de la réaliser. Mais il est venu un moment où, la civilisation grandissant, la justice privée fut proscrite ; désormais tous les droits, quelque certains qu'ils fussent, durent être reconnus de la justice sociale ; il est venu un moment aussi où, pour assurer à la propriété la sécurité indispensable à son développement, il fallut la protéger surtout dans ses moyens défensifs : mais on arriva difficilement et lentement à cette protection, car elle rencontrait des obstacles dans la procédure adoptée pour le règlement des procès. — Même à la dernière époque, le droit du possesseur à être mieux protégé, quoique parfaitement admis comme un principe nécessaire, subit en fait des atteintes et des restrictions.

A raison de la manière dont ils comprirent la réalisation des droits, les Romains ne firent jamais prévaloir l'idée d'attaque sur celle de défense ; mais partis d'une égalité complète, ils aboutissent à l'inégalité au profit du défendeur, ce qui était inévitable.

57. — Au dernier état du droit romain, la propriété est-elle en somme plus fortement garantie qu'au premier ? Oui, en ce sens que la garantie dont elle jouit

est plus conforme aux nécessités du temps. Oui, en ce sens que cette garantie est plus fixe et plus régulière, puisqu'il y a une procédure organisée. Oui, en ce sens que cette garantie est assurée par l'Etat. Mais d'un sens, non. — Ce qui faisait la supériorité des trois premiers systèmes, c'est l'exécution directe et immédiate des droits évidents : au début du troisième, l'autorité morale du prêteur sur les plaideurs devait être considérable. Sans doute, dans les deux autres, on fit de la comparution des parties *in jure* la base fondamentale de la procédure, et cela dans l'espérance d'obtenir l'exécution directe des droits certains, grâce à l'intervention du magistrat. Mais il est évident qu'avec le temps le prêteur perdit tout ascendant sur les parties. Cette comparution devint une simple formalité, sans efficacité aucune. — Les droits certains se réalisaient donc au même titre que les droits incertains et avec les mêmes lenteurs; mais il n'y a là rien d'étonnant ni rien de spécial au droit romain : c'est une conséquence fatale de la civilisation. Dans la simplicité primitive des peuples, on va droit au but, quitte à heurter et à froisser quelques intérêts peut-être respectables. La nécessité impérieuse du résultat à atteindre fait passer sur le choix des moyens. D'ailleurs les esprits sont encore trop grossiers pour que certaines nuances soient aperçues et comprises. Chez les peuples civilisés, on prend des détours avant d'arriver au but; on veut tenir compte de tous les intérêts, de toutes les nuances; on préfère à une justice immédiate, qui parfois peut nuire au vrai propriétaire, une justice plus lente, mais aussi plus sûre et moins susceptible d'erreurs.

VII. — APPENDICE

58. — Pour donner une idée exacte et complète de la garantie du droit de propriété à Rome, il faut, nous l'avons dit, étudier les actions qui sanctionnent la propriété non quiritaire, et les divers moyens, qui, en dehors de la revendication, protègent la propriété quiritaire.

Nous allons brièvement indiquer ces moyens.

59. — **Propriété non quiritaire.** — I. — Les origines de la propriété romaine sont très-obscurcs. A côté du *dominium ex jure Quiritium*, portant sur les *res Mancipi*, il y avait, semble-t-il, le simple *dominium*, portant sur les *res nec Mancipi*. Ce dernier se confondait presque avec la possession, et aucune action ne le sanctionnait. Ainsi, tandis que le *dominium ex jure Quiritium* était puissamment garanti par la *rei vindicatio*, et par l'*usucapio*, introduite pour rendre la revendication plus facile, le simple *dominium* n'était pas garanti. — Un premier progrès fut d'accorder au *dominus* l'action de vol, et comme cette action fut d'abord sa seule ressource, on lui permit de l'intenter contre tout détenteur de sa chose, *quamvis fur non esset* (*actio furti concepti*) (1). Plus tard, par la *condic-*

(1) Gaius, III, 186.

tio furtiva contre un détenteur frauduleux, par l'*actio ad exhibendum* contre un détenteur non frauduleux, il put réclamer la restitution de sa chose. Ces deux actions sont nécessairement personnelles, puisque la propriété des *res nec Mancipi* n'était pas munie du droit de suite. La question posée au juge ne pouvait donc être : le demandeur est-il propriétaire de l'objet? Elle devait être : a-t-il intérêt à le ravoir? Or, pour montrer son intérêt, le demandeur n'avait pas besoin de prouver sa propriété : il lui suffisait d'établir que l'objet avait été en sa possession, et alors, si le défendeur avait quelque motif pour ne pas restituer, c'était à lui de le prouver. Il est important de constater que la propriété des *res nec Mancipi* se trouvait ainsi protégée sans qu'il fût, en principe, nécessaire de la prouver. — Enfin, la *rei vindicatio* et l'*usucapio* furent étendues aux *res nec Mancipi*, l'action *ad exhibendum* et la *condictio furtiva* le furent aux *res Mancipi* (1).

(1) V. l'exposé de cette théorie dans d'Ihering : *Actio injuriarum*, p. 45, note 28. Il appuie ses conjectures : 1° sur l'extension des actions de vol à des personnes autres que le voleur; 2° sur la distinction entre la *familia* et la *pecunia*, telle qu'elle résulte de la loi des Douze Tables (nov. Enchir. de Giraud. Douze Tables, tab. 5, fr. 3, 4, 5 et 7); 3° sur la coexistence à côté de la *rei vindicatio* de l'*actio ad exhibendum* (son but n'était pas l'exhibition, mais bien la restitution de la chose, ce qui résulte de l'*actio furti non exhibiti*, *Inst.* IV, 1, § 4), et surtout de la *condictio furtiva*, qui paraissait une énigme aux jurisconsultes romains eux-mêmes (Gaius, IV, 4); 4° sur la *lex Atinia* qui défend l'usucapion des *res furtivæ* déjà prohibée par la loi des Douze Tables (Gaius, II, 45; *Inst.*, II, 6. § 2.) En 302 les *res nec Mancipi* n'auraient pas été encore susceptibles d'usucapion; plus tard elles le devinrent, mais la loi des Douze Tables n'ayant visé dans sa prohibition que les *res Mancipi furtivæ*, il fallut une loi nouvelle pour défendre l'usucapion des *res nec Mancipi furtivæ*. Comme la loi *Atinia* date de 537 (v. Acc., n° 240), c'est donc dans l'intervalle compris entre 302 et 537, que se serait produite l'assimilation des *res Mancipi* et des *res nec Mancipi* au point de vue de la protection juridique. — Comp. Ihering :

60. — II. — Lorsque une *res Mancipi* était transmise par simple tradition et sans que les formalités de la *mancipatio* ou de l'*in jure cessio* fussent accomplies, l'acquéreur avait bien la chose *in bonis*, mais il n'en devenait propriétaire *ex jure Quiritium* que par l'*usucapio*. Si, avant l'expiration des délais, il perdait la possession, en droit, la *rei vindicatio* ne lui était pas accordée; en fait, il l'exerçait : sans doute, il ne pouvait prouver que la chose était sienne *ex jure Quiritium*, mais souvent son adversaire ne le pouvait pas davantage; en pareil cas les deux *sacramenta* eussent dû être déclarés *injusta*, mais dans l'usage, quand une des parties invoquait un titre sérieux d'acquisition, tandis que l'autre alléguait un titre douteux ou même n'en alléguait aucun, le juge donnait gain de cause à la première (n° 31). — C'était là, pour la propriété bonitaire, une bien faible protection : elle dépendait de l'idée que le juge se faisait de sa mission; puis elle ne servait à rien contre le *tradens* ou contre ceux à qui, rentré en possession de l'objet, il l'avait mancipé ou livré. En outre, l'acquéreur, même resté en possession, était exposé à la *rei vindicatio* du *tradens*.

Ce défaut de véritable protection devint plus sensible à mesure que la richesse s'accrut. Lorsque, pour le transfert des droits réels, la tradition eut remplacé les modes formalistes, la propriété bonitaire se trouva être un état normal et transitoire de la propriété. Il fallait donc de toute nécessité la garantir. C'est un des buts que se proposa le préteur Publicius en créant l'action à laquelle on a donné son nom et que nous

Esprit du Droit romain, IV, § 65, p. 199 à 206; *Int. poss.*, § VI, note 53. — Voyez aussi Giraud : *Recherches sur le droit de propriété chez les Romains*.

retrouverons plus loin. Mais la garantie que cette action procura à la propriété bonitaire ne dut être sérieusement efficace que le jour où l'exception de dol eût été à son tour créée, car alors seulement l'*accipiens* put agir contre le *tradens*, et à l'exception *justi domini* de ce dernier opposer une *replicatio doli* (1).

L'exception de dol lui permit aussi de repousser la *rei vindicatio* du *tradens*, resté *dominus ex jure Quiritium*. — Pourtant, sur ce dernier point, il y a controverse quand, au lieu d'agir *per sponsionem* ou *per formulam petitoriam*, le *nudus dominus* agissait *per sacramentum*. Gaius (2) dit, en effet, que la procédure des *legis actiones* ne comportait pas d'exceptions. Mais on peut supposer que la défense tirée du dol était proposée *in jure* : le préteur n'autorisait l'accomplissement de la *legis actio* qu'au cas où cette défense ne lui paraissait pas fondée (3).

La propriété bonitaire dépassa le cercle étroit de sa première application. Elle fut reconnue par le préteur au *bonorum possessor*, au *bonorum emptor* (4) et par le *jus civile* lui-même au fidéicommissaire, après restitution de l'hérédité (5). L'importance de la Publienne augmenta d'autant. — Justinien supprima les *res mancipi* (6) ; il assimila les fidéicommiss aux legs (7),

(1) L'action publicienne, certainement antérieure à 685, doit être contemporaine de la révolution économique qui, au ^{vi}^e siècle, fit passer Rome de la pauvreté à la richesse : elle daterait donc de la fin du ^{vi}^e siècle, peut-être de 604. — V. Appleton, *Nouvelle Revue historique*, 1885, pp. 481 et suiv., § 2, note 19; Comp., même revue, 1877, p. 632. — L'exception de dol fut créée vers le milieu du ^{vi}^e siècle. (L. 4, § 33. XLIV, 4, Val.-Max., III, ch. VII, n° 9, Acc. n° 838, note).

(2) Gaius, IV, 108.

(3) Acc., n° 891.

(4) Gaius, II, 80.

(5) L. 63, p. XXXVI, 1,

(6) L. unique, C. VII. 31.

(7) *Inst.* II, 20, § 3.

la *bonorum possessio* à l'hérédité légitime (1). En fait, la propriété bonitaire n'existait plus : en droit, Justinien la fit disparaître par la constitution unique, au Code, VII, 25. — Il n'y eut plus désormais qu'une forme unique de la propriété.

61. — Ainsi Rome connut une double distinction de la propriété (2). Pendant longtemps le *jus civile* admit un *dominium ex jure Quiritium* et un simple *dominium*, distinction qui engendra, à côté de la *rei vindicatio*, la *condictio furtiva* et l'action *ad exhibendum*. — Puis, parallèlement à la propriété civile, il y avait la propriété prétorienne qui donna naissance à l'action publicienne. Nous verrons tout-à-l'heure quelle précieuse garantie la Publicienne procurait à la propriété ; quant à la *condictio furtiva* et à l'action *ad exhibendum*, leur principale fonction fut de permettre, en certains cas, au propriétaire de rentrer en possession de sa chose ou d'en obtenir l'équivalent pécuniaire, sans avoir à prouver sa propriété (3).

62. — **Interdits possessoires.** — Au temps des *legis actiones* la *rei vindicatio* s'exerçait *per sacramentum*. Les deux adversaires avaient à prouver leur propriété, et la possession intérimaire était attribuée à l'un d'eux par le préteur. Un premier progrès fut de laisser la possession à celui qui l'avait :

(1) Acc., n° 468-4°.

(2) Cela nous explique le § 40 du *deuxième Comm.* de Gaius. Il constate que la propriété bonitaire n'existait pas à l'origine : on ne peut en conclure qu'à côté du *dominium ex jure Quiritium* sur les *res mancipi*, il n'y avait pas le simple *dominium* sur les *res nec mancipi*.

3) L. 7, § 5, l. 9, pr, X, 4.

s'il s'élevait un conflit sur le fait même de la possession, on le réglait au moyen d'un interdit *retinendæ possessionis* (1) ; un second progrès, conséquence du premier, fut de protéger la possession pour elle-même, indépendamment de toute action pétitoire : de là les interdits *recuperandæ possessionis*.

63. — Comment le préteur fut-il amené à créer les interdits *retinendæ possessionis* (2) ? Pour accorder les *vindicie*, il prenait surtout en considération soit la propriété probable soit la possession actuelle. Il remarqua sans doute que, le plus souvent, le possesseur actuel se trouvait être en même temps le propriétaire probable. Il en conclut que pour protéger la propriété, il devait protéger le possesseur. La nécessité de protéger la propriété devenant de plus en plus impérieuse, la situation du possesseur devint de plus en plus favorable. En fait, les *vindicie* lui étaient toujours accordées : s'il y avait doute sur la possession et que le préteur ne pût décider sur le champ, il renvoyait la question devant un juge. A la longue, l'exception se changea en règle, et l'action possessoire fut désormais préjudicielle à l'action pétitoire (3).

(1) Ulp., l. 1, § 1 et 2, XLIII, 17.

(2) Sur le fondement des Interdits possessoires, voy. Esmein, *Nouvelle Revue historique*, 1877, p. 489 et suivantes. Après avoir exposé les théories allemandes de Savigny, Randa, Bruns et d'Ihering, M. Esmein indique la sienne propre.

(3) Deux particularités propres au *sacramentum* durent contribuer à la création des interdits *retinendæ possessionis*. 1° Quand aucune des deux parties ne réussissait à prouver son droit, le juge déclarait *injustum* le *sacramentum* de l'une et de l'autre. L'objet restait alors à celle qui l'avait entre ses mains. Le résultat était choquant, lorsque les *vindicie* n'avaient pas été accordées au possesseur originaire : peut-être ce dernier était-il

La création des interdits *retinendæ possessionis* n'eut pas pour effet de dispenser le possesseur de prouver sa propriété dans l'*actio in rem per sacramentum* (1). Mais il est bien certain que l'exigence de cette preuve sembla de plus en plus lourde et injuste. Cela explique qu'on accepta facilement l'idée d'une *actio in rem per sponsionem*, laquelle donna elle-même naissance à la *formula petitoria*. Lorsque dans la revendication le principe *actori incumbit probatio* eut été définitivement reconnu, l'importance de nos interdits au point de vue de la protection de la propriété est trop évidente pour qu'il soit utile d'insister (2). C'est alors seulement que les interdits *adipiscendæ possessionis* durent être introduits.

64. — Il est impossible de concevoir en pratique un état juridique uniquement fondé sur la propriété, un état où, pour réprimer toutes les entreprises dirigées contre elle, il faudrait au préalable la prouver. M, d'Ihering (3) suppose qu'un esclave stipule au nom de son maître : si le promettant, pour se soustraire à l'exécution, nie que l'esclave appartienne au maître, c'est à lui de le prouver : on ne saurait admettre que le maître fût obligé de démontrer que l'esclave est bien à lui. De même la *condictio furtiva* et l'*actio legis Aquiliæ* sont légitimement exercées par quiconque a les apparences de la pro-

cependant le vrai propriétaire. 2° Les condamnations étaient pécuniaires; le possesseur originaire, privé de la possession, n'était donc pas sûr, même en prouvant sa propriété, de ravoir l'objet: il n'en avait souvent que l'équivalent pécuniaire.

(1) Ulpien, loi 1, §§ 1 et 2, XLIII, 17, ne contredit pas cette conjecture.

2. L. 5, pr. VII, 6; L. 3, pr. XX, 1.

(3) *Interdits possess.*, § 6, surtout, note 53.

priété, et c'est à l'adversaire à prouver que ces apparences sont trompeuses. Il en est ainsi de la possession : c'est une position avancée de la propriété. Comme dit M. Esmein, dans son résumé de la doctrine d'Ihering : par cela seul que je réunis tous les caractères extérieurs de la propriété, je dois triompher provisoirement de toutes les attaques : cette protection n'est pas définitive, mais provisoirement elle est absolue (1).

65. — C'est pour mieux protéger la possession que furent créés les interdits *recuperandæ possessionis*. Ils n'ont que deux (2) fonctions : restituer la possession perdue *vi aut clam*. Dans tous les autres cas, l'action pétitoire est la seule ressource du propriétaire dépouillé. C'est qu'à l'origine, comme le fait remarquer M. d'Ihering, les moyens ne viennent pas de l'idée juridique abstraite; imaginés pour donner satisfaction à certains besoins, ils ne dépassent pas les mobiles pratiques auxquels ils doivent leur existence. Mais les jurisconsultes s'appliquèrent à donner aux mots *vi aut clam* l'extension nécessaire pour comprendre les espèces nouvelles. On finit par accorder l'interdit même quand le trouble de la possession ne résultait pas d'une violence : témoin la rubrique du VIII, 5 au Code : *Si per vim vel alio modo absentis perturbata sit possessio* (3). Ce travail d'extension continua jusqu'à Justinien, comme on peut le voir par la loi 11, au Code, VIII. 4. « C'est le passage de l'injustice circonscrite à l'injustice pure, *quacumque injusta causa amissionis*. »

(1) L. 14, § 3, XLIV, 2.

(2) Voyez formule de l'int. *unde vi* (Cic. *pro Tullio*, 41; *pro Cecina*, 30). — M. d'Ihering, *loc. cit.*, p. 88 à 91, établit que l'int. *de precario* n'est pas possessoire.

(3) V. aussi l. 1, C. III, 16.

Les interdits *recuperandæ poss.* ne s'appliquaient qu'aux immeubles (1). Quant aux meubles, l'interdit *utrubi* offrait un moyen de se faire rendre la possession perdue (2). Seulement, du jour où Justinien (3) eut assimilé l'interdit *utrubi* à l'interdit *uti possidetis*, cette protection de la propriété mobilière disparut. Or, comme pour les meubles, la protection de la propriété ne repose dans la plupart des cas que sur la possession, « le refus de la protection possessoire équivalait souvent à la perte de la propriété (4). »

66. — **Action publicienne.** — Pas plus que le propriétaire bonitaire, l'acquéreur *a non domino*, avec juste titre et bonne foi, n'avait le droit d'exercer la *rei vindicatio*, tant que l'usucapion n'était pas accompli à son profit. Mais en fait il l'exerçait, et à la condition de prouver son titre, il avait chance de réussir contre un adversaire sans titre. Mais du jour où les interdits *retinendæ poss.* eurent été imaginés, toujours comme le propriétaire bonitaire, le *bonæ fidei possessor* vit sa situation singulièrement empirée. Peut-être ne pouvait-il pas recourir à ces interdits, parce que les conditions exigées ne se rencontraient pas dans l'espèce, ou bien parce que l'objet était passé aux mains d'un tiers acquéreur; d'autre part, la faveur de plus en plus grande accordée à la possession actuelle devait établir au profit de son adversaire un préjugé contre lequel il était presque certain d'échouer.

L'action publicienne fut enfin créée. Elle venait au secours en même temps du propriétaire bonitaire et

(1) Paul, *Sent.*, V, 5, § 5

(2) L. 1, pr. XLIII, 31.

(3) *Inst.*, IV, 15, § 4.

(4) D'Ihering, *loc. cit.*;

du *bonæ fidei possessor* qui se trouvaient tous deux dans la même position. Mais en tant qu'elle protège le dernier, elle a beaucoup plus d'importance, car à toutes les époques et dans tous les pays, on rencontre des acquéreurs *a non domino*, (c'est ce qui explique le maintien de cette action dans le droit de Justinien et la rédaction de la loi 1, pr., VI. 2 qui est interpolée) ; surtout elle fournit au vrai propriétaire, qui a perdu la possession, un moyen de se faire restituer sa propriété souvent plus sûr que la revendication, car tel qui succomberait à la *rei vindicatio* triomphe dans la publicienne ; enfin certaines particularités du droit romain devaient rendre très-précieuse la publicienne dans sa deuxième fonction.

67. — Le droit d'invoquer la publicienne était un droit reconnu au *possessor in via usucapiendi*, c'est-à-dire avec juste titre et bonne foi, qu'il l'ait ou non la chose du vrai propriétaire (1). « C'était, dit M. Appleton (2), le droit d'usucapion lui-même désormais muni d'une action ; c'était la propriété en puissance. » Mais ce droit avait un caractère essentiellement relatif, puisqu'il n'était opposable ni au propriétaire ni à quiconque pouvait se prévaloir d'un droit égal (3).

Pour triompher dans la publicienne, il suffisait d'a-

(1) Cela suppose qu'il avait possédé cette chose, ne fût-ce qu'un instant (l. 12, § 7, VI, 2 et l. 25, XLI, 3). Il semble que dans quelques cas exceptionnels, l'action publicienne était accordée à l'acquéreur avec juste titre et bonne foi, même quand il n'avait jamais eu la possession (loi 1, § 2; loi 12, § 1; loi 15, VI, 2.)

(2) *Loc. cit.*, § 3.

(3) Quand il y avait conflit entre un propriétaire bonitaire et un acquéreur de bonne foi, tous deux n'ayant que la publicienne, le premier l'emportait, car à l'exception que cet acquéreur tirait de son droit à la publicienne, il répliquait en prouvant avoir acquis *a domino*.

voir été possesseur avec juste titre et bonne foi. Presque toujours ces conditions se trouvent réunies en la personne d'un vrai propriétaire. Il pouvait donc, ayant perdu la possession, intenter la publicienne plutôt que de recourir à la revendication, et s'il ne se heurtait pas à un droit égal au sien, il réussissait à recouvrer son bien, sans avoir été obligé de prouver son *dominium*. On voit par là quelle puissante garantie la publicienne procurait à la propriété, car un *verus dominus* est souvent embarrassé pour établir son droit; le peut-il? La preuve en est parfois longue et coûteuse.

« Le possesseur publicien conservait la publicienne, malgré l'existence de faits qui lui auraient fait perdre la propriété, s'il eût été propriétaire, car le fait de la tradition et du juste titre, base de la publicienne, subsistait toujours: *facti enim causæ infectæ fieri non possunt* (1) ». Cela est surtout important à constater pour le propriétaire réunissant les conditions du possesseur publicien, et c'est apparemment là ce qui explique les controverses sur la propriété transmise sous condition résolutoire. Soit une donation à cause de mort faite par voie de dation. Le donateur a-t-il une action réelle pour reprendre le bien transféré. Ulpien lui en accorde une dans les lois 29 et 30, XXXIX, 6: ne serait-ce pas la publicienne dans laquelle le demandeur, par une réplique, triompherait de l'exception *justi dominii* du donataire? Cette extension d'abord timide de la publicienne fut ensuite plus hardie: de là sans doute l'action *in rem* accordée à la victime d'une violence (2) du fiancé pour reprendre ses cadeaux en cas de rup-

(1) Voyez cette doctrine, imaginée par un auteur allemand, Schulin, rapportée par M. Appleton (*loc. cit.*, § 1)

(2) L. 9, §§ 4 et 6, IV, 2.

ture des fiançailles (1), et peut-être la revendication accordée par Justinien à la femme en reprise des biens corporels constituant la dot (2)..

68. — On voit par quels nombreux moyens la propriété se trouvait garantie; tous ces moyens n'avaient pas la même énergie, mais aussi ils n'étaient pas tous soumis aux mêmes conditions. M. d'Ihering les a résumés dans le tableau suivant, au point de vue de la preuve exigée du propriétaire, c'est-à-dire de la facilité avec laquelle il pouvait recourir à l'un d'eux.

I. — *Preuve d'un mode éloigné d'acquisition* : α) preuve des conditions internes et externes de la propriété : *rei vindicatio* et *actio negatoria* (3); β) preuve des conditions externes seulement : *actio publiciana*.

II. — *Preuve de l'existence en fait de la propriété*, c'est-à-dire *preuve de la possession* : α) avec réserve de la preuve contraire (faculté pour le défendeur de prouver que la propriété n'est pas au demandeur) : *condictio furtiva*, *actio legis Aquilæ*; β) sans cette réserve : *interdits possessores*. — Il faut ajouter l'action

(1) L. 15, C. V., 3.

(2) L. 30, C. V., 12.

(3) On appelle *negatoria* l'action exercée par un propriétaire qui prétend son bien libre d'une servitude prédiale ou personnelle (loi 2, pr. VIII, 5). Au fond, c'est là une forme spéciale de la revendication. — On a soutenu à tort que le demandeur à l'*actio negatoria* n'avait pas à faire preuve de son droit, et que c'était au défendeur à prouver le sien. Établir qu'une servitude n'existe pas serait, dit-on, chose impossible. — C'est une erreur. Au moyen d'une *interrogatio in jure*, le demandeur peut savoir sur quel titre son adversaire fonde sa prétention; il lui est alors facile de démontrer l' inanité de ce titre. D'ailleurs, il résulte d'un texte d'Africain (l. 15, XXXIX, 1) que la question de preuve se réglait dans l'action négatoire comme dans la *Rei Vindicatio* proprement dite, et cela doit être, puisqu'elle se confond avec elle.

ad exhibendum qui souvent au droit classique supplée la revendication.

69. — Rappelons pour terminer que l'efficacité de presque tous ces moyens dépend de la condition faite au possesseur dans la revendication.

DROIT FRANÇAIS

DE LA PRESCRIPTION

DES ACTIONS EN NULLITÉ OU EN RESCISION

THÉORIE DES RESTITUTIONS

INTRODUCTION

1. — Trois ordonnances du xvr^e siècle ont établi sur la durée de l'action en rescision ou en restitution des règles nouvelles qui, observées par tout le royaume, consacrées par une longue pratique, ont passé dans notre Code et nous gouvernent encore aujourd'hui. Ces règles ne s'appliquaient pas aux nullités dites de coutume ou d'ordonnance; elles concernaient seulement les nullités dites de droit romain, nullités qu'on ne pouvait invoquer sans y avoir été préalablement autorisé par des lettres royales.

Cependant, malgré l'apparence, et bien que plus d'un auteur s'y soit trompé, ce n'est pas parce qu'il s'agissait de nullités romaines que des lettres étaient exigées ou que la prescription était abrégée; car les

lois romaines, encore qu'elles ne fussent pas, au dire de Coquille, *vrayes loix en France*, s'y appliquaient librement et sans permission du souverain; de même les actions exercées en vertu de ces lois demeuraient soumises à la prescription ordinaire. Il s'agit là de règles propres à certaines nullités, et qui s'expliquent par le caractère tout particulier de ces nullités.

Ces nullités sont ce qu'on peut appeler, dans un sens large, des restitutions. Accordées au nom de l'équité, elles dérogent au droit pur dont elles adoucissent les rigueurs : elles apparaissent comme une sorte d'expédient imaginé pour soustraire certains individus aux conséquences fâcheuses d'une situation qu'ils devraient subir. Elles ne constituent pas un droit acquis pour celui qui veut les invoquer : elles sont une faveur qu'il peut obtenir, s'il la mérite. On conçoit donc l'intervention préalable d'une magistrature représentant l'idéale équité, pour peser les titres de l'impétrant et lui permettre, s'il y a lieu, de saisir les juges de son action. C'est bien là le rôle de nos rois, quand ils délivraient leurs lettres de rescision, puisque à l'origine ils ne les délivraient que *cognita causa*. On comprend aussi que ces restitutions ne peuvent avoir la durée des autres actions, des actions qui sanctionnent un droit certain. Il s'agit au fond d'un conflit entre l'intérêt particulier et l'intérêt général. Or, s'il est juste qu'on tienne compte du premier, il est non moins juste et non moins nécessaire qu'on s'inquiète du second. L'unique moyen de les sauvegarder à la fois l'un et l'autre est de ne donner aux restitutions qu'une durée très-courte.

2. — La théorie des restitutions est une théorie savante : on l'emprunta de toutes pièces au droit

romain. Mais, comme nous l'avons dit, c'est en raison de leur caractère, et non pas à cause de leur origine, qu'elles furent soumises à des règles spéciales. Ainsi, au début, les lettres royales n'étaient pas exigées, au cas où la nullité romaine était une nullité *ipso jure* (1); de même l'action qui sanctionnait cette nullité ne s'éteignait qu'au bout de trente ans. Avec le temps, on arriva à exiger des lettres par cela seul qu'il s'agissait d'une nullité romaine, encore que ce ne fût point une restitution. Mais c'est là un abus comme le constatent tous les auteurs (2). Cependant, malgré cette exigence, les nullités *ipso jure* demeuraient soumises à la prescription trentenaire; mais là encore on tendit, sans grand succès d'ailleurs, à appliquer la courte prescription des restitutions par cela seul que des lettres étaient exigées (3) : ainsi l'ordonnance de 1539 visait expressément les actes du mineur nuls *ipso jure*. Cette double tendance fut sans doute favorisée par les controverses qui ne manquèrent pas de s'élever sur la nature de telle ou telle nullité.

Quand et comment s'introduisit en France la théorie des restitutions ?

3. — Au XIII^e siècle, les intéressés n'avaient pour exercer leur action que le délai coutumier d'an et jour. C'est le seul indiqué par Beaumanoir, à propos de l'action du mineur (4); par le *Livre de jostice et plets*, à propos des actions rescisoires *de ce que l'en fet par force, cautèle de peor ou tricherie* (5); par le Coutumier d'Artois, d'une façon générale (6). Mais déjà le droit romain commençait à se répandre : on cherchait à substituer ses règles aux règles coutumières. Guillaume Durand dans son *Speculum juris* (7) remplace le délai d'an et jour par celui de quatre ans. Un demi-

siècle suffit pour assurer le triomphe du droit romain, car en 1330, la très-ancienne coutume de Bretagne (art. 71) déclare que le mineur « selon droit a quatre ans à se adviser de rappeler la decepte après que son âge est approuvé », tandis que « de coutume il a ung an et un jour, et non plus. »

Bientôt on abandonnera tout à fait le délai d'an et jour. Les délais romains sont les seuls dont parlent Bouteiller et Jean Desmares : ce sont les seuls que désormais nos coutumes admettent (8).

Ainsi, c'est au ^{xiv}^e et au ^{xv}^e siècles que les règles romaines sur la durée des restitutions furent introduites dans nos coutumes.

4. — En même temps, on empruntait au droit romain le principe même des restitutions. On cessait de les considérer comme un droit; on les tenait pour une faveur. Il fallait donc désigner l'autorité compétente pour accorder cette faveur. Le roi se trouvait tout naturellement indiqué, puisque nos vieux auteurs, dans leurs paraphrases des textes du Digeste ou du Code, attribuent au roi les actes du préteur ou de l'empereur (9). Les légistes, qui cherchaient à battre en brèche la puissance des seigneurs et de l'Eglise, ne pouvaient laisser échapper une occasion si belle, et grâce à leurs efforts l'octroi des restitutions devint cas royal.

C'est ainsi que s'introduisit la pratique des lettres. On peut s'étonner qu'on exigeât ces lettres pour les actions rescisoires qui en droit romain s'exerçaient *de plano*. On sera moins surpris, si l'on songe qu'à côté des actions *metus vel de dolo*, il y a la *restitutio in integrum ob metum vel ob dolum*; puis, sauf quelques dissidents (10), tous nos anciens auteurs consi-

dèrent ces actions rescisoires comme de véritables restitutions (11), ce qui, à notre avis, est exact.

Il est probable que cette pratique des lettres s'introduisit lentement : elle ne dut être définitivement acceptée que lorsque les délais romains remplacèrent les délais coutumiers. Du reste, elle suppose un développement déjà considérable de la puissance royale. Cependant un texte de Dumoulin (12) permettrait de penser qu'elle était en usage dès avant 1329 : Quand il s'agissait de bénéfices ou de causes personnelles entre clercs, les évêques revendiquaient le droit de juger les nullités sans lettres royales préalablement obtenues : le roi prétendait que ses juges fussent seuls compétents et que des lettres fussent sollicitées de lui : à la suite de la fameuse conférence de Vincennes, entre Pierre de Cugnières et les évêques français, on décida que, même pour ces matières, il faudrait, quelle que fût la juridiction compétente, solliciter du roi ce que Dumoulin appelle des *diplomata rescissoria seu restitutoria*. En tous cas, il est certain qu'en 1510, on se trouvait en présence d'un état de choses ancien, comme l'atteste la maxime coutumière : *En France, les voies de nullité n'ont point de lieu*. Ducange, dans son glossaire, cite une lettre de rescision qui date de 1481 : « Que si en faisant iceulx contraulx, ils eussent esté énormément deceuz, que en ce cas, il les rescindist, cassast et adnullast (13). » Meslé rapporte qu'on trouve dans la liasse des accords du Parlement de 1459 au 28 juillet 1460 l'entérinement d'une lettre de rescision pour lésion d'outre-moitié (14).

5. — Au début du xvi^e siècle, la théorie des restitutions était donc parfaitement établie. On reconnaissait que certaines nullités sont un droit et que d'autres

sont une faveur. Lorsqu'il s'agissait des premières, on s'accordait à leur appliquer la prescription trentenaire (15); mais lorsqu'il s'agissait des secondes, on ne s'entendait plus du tout.

Tant de systèmes divers étaient professés que d'Argentré n'hésite pas à dire: « *Illud chaos opinionum!* » Il dit encore: « *Miseri litigantes quibus in tales controversias incidere contigit, de quibus nihil certi constitutum est!* » Les auteurs qui se piquaient d'exactitude séparaient les actions rescisoires des causes de restitution. Les rescisions viennent du fait des parties (dol, violence, erreur); les restitutions tiennent plutôt à des causes extrinsèques (minorité, absence, etc.) (16). Si l'auteur du dol ou de la violence est le cocontractant ou la partie qui profite d'un acte unilatéral judiciaire ou extrajudiciaire, la victime a, pour faire annuler le contrat ou l'acte, une action personnelle qui dure trente ans (17). Si l'action s'exerce contre un tiers, ce tiers est libéré suivant les règles de la prescription acquisitive (18). Certaines coutumes, dès leur première rédaction, antérieure à l'ordonnance de Louis XII, avaient adopté pour les rescisions (ou même pour la restitution des mineurs) la prescription de trente ans (19).

Pour la restitution des mineurs, on accordait en principe quatre ans (20); d'après l'opinion la plus répandue, ces quatre ans étaient continus et avaient pour point de départ la majorité; selon d'autres, c'était un délai utile qui, dès qu'il avait commencé à courir, devenait continu: *utilis in principio, continuus in progressu* (21). S'il s'agissait d'un bien de mineur, aliéné ou hypothéqué sans décret du magistrat, ou si les solennités prescrites (l'autorisation du tuteur) faisaient défaut, la doctrine la plus sûre accordait cinq ans (22);

mais Dumoulin constate que la prescription trentenaire comptait de nombreux partisans, et qu'on l'enseignait aussi au cas de lésion dans une vente faite sur décret. Si à la lésion que le mineur subissait s'ajoutait un dol, une violence, une erreur, le mineur n'avait-il droit qu'à la restitution, ou avait-il, en outre, les actions rescisoires ? On professait le plus généralement ce dernier système pour ne pas rendre la condition des mineurs plus dure que celle des majeurs ; mais immédiatement on se divisait, les uns comptant les trente ans de la majorité, les autres ne les faisant courir que du jour où le délai de la restitution était expiré (23). Les majeurs avaient quatre ans pour se faire restituer. S'il s'agissait d'une opération à titre gratuit, majeurs et mineurs avaient dix ans (24).

6. — Avec cette complication de délais et cette incertitude, la question des preuves devait être terrible : à tout cela, se joignait une autre difficulté qui embrouillait encore les choses. En faisant une analyse subtile des textes romains, les auteurs étaient arrivés à séparer en deux toute question de nullité : on distinguait l'action rescindante, fondée sur un rapport personnel, et tendant à faire annuler ou casser un contrat, et l'action rescisoire, fondée sur la rescision prononcée, et tendant à contraindre le défendeur à rendre la chose contentieuse. Il n'était pas permis d'intenter en même temps les deux actions, de manière qu'il fût statué par un même jugement sur l'une et sur l'autre. Ces deux actions étaient successives et soumises chacune à une prescription spéciale. Comme on ne pouvait intenter l'action rescisoire tant que les juges n'avaient pas prononcé sur le rescindant, on décidait que le délai de l'action rescisoire ne courait que de la rescision prononcée (25). Jean Faber (26) nous dit : « *An-*

nus rescissorius qui post impetratam restitutionem datur. » D'ailleurs, de même qu'on ne s'entendait pas sur la durée de l'action rescindante, il s'en fallait que l'*annus rescissorius* fût accepté sans conteste. Mais d'assez bonne heure l'usage prévalut d'intenter en même temps les deux actions, « de les cumuler. » Plus tard, on y fut obligé (25).

7. — Il est aisé de comprendre combien tant de délais divers rendaient les propriétés incertaines. Rebuffe nous dit que cent ans pouvaient s'écouler sans qu'on fût à l'abri d'une nullité. L'usage avait encore aggravé ces dangers. Soit la vente d'un immeuble de mineur, faite sans observer les conditions légales : le sous-acquéreur n'eût dû être tenu que comme détenteur de l'objet, pendant cinq ou trente ans, selon la controverse : cependant on le déclarait tenu d'une action personnelle durant trente ans, s'il avait su que le vendeur primitif était un mineur, ou même s'il était de bonne foi, mais que le premier acheteur fût insolvable ; quand le mineur avait intérêt à ravoir la chose même, on lui donnait une revendication que sans cela le tiers eût pu victorieusement repousser, par exemple par l'usucapion (27). D'autres accordaient au mineur la restitution, encore qu'il ne fût pas lésé, *si justam ad rem affectionem haberet* (28). — On allait jusqu'à soutenir que dans tous les cas où le défendeur était de mauvaise foi, c'est-à-dire connaissait le vice de son titre, la prescription de trente ans était seule applicable (29).

8. — Les plaintes étaient vives (30) et le préambule de l'ordonnance de Louis XII est à ce point de vue très-caractéristique. Mais c'est surtout dans le monde des praticiens qu'elles devaient éclater. Longtemps après la réforme, Louet (31) se fait encore l'écho de ces doléances : « L'ordonnance pour la prescription de dix

ans est étroitement gardée et observée. Ce qui est très-raisonnable, car toutes ces rescisions sont odieuses comme étant contraires à la bonne foi et à la liberté du commerce des contrats et conventions, et apportent un trouble et un désordre dans les familles... Il faut que les droits ne flottent pas si longtemps dans le doute et l'incertitude. » Plus tard encore, Dunod (32) rappellera, lui aussi, les plaintes des vieux praticiens.

9. — Le Conseil du roi finit par les entendre et par peser les diverses opinions ; enfin le chancelier Jean de Ganay, ancien premier président du Parlement de Paris, fit paraître dans l'ordonnance de Lyon, du 12 juin 1510, un art. 46 ainsi conçu : « Et afin que les domaines et propriétés des choses ne soient incertaines et sans sûreté en mains des possesseurs d'icelles, si longuement qu'ils ont esté ci-devant, et que la preuve des parties ne périclite ou soit rendue difficile par laps de temps en cas ci-après déclarez : nous avons ordonné et ordonnons que toutes rescisions de contrats, distracts ou d'autres actes quelconques, fondés sur dol, fraude, circonvention, crainte, violence ou déception d'outre-moitié de juste prix, se prescriront dorénavant, tant en nos pays coutumiers que de droit écrit, par le laps de 10 ans continuels, à compter du jour que lesdits contrats, distracts ou autres dettes auront esté faits et que la cause de crainte, violence, ou autre cause légitime, empêchant de droit ou fait, la poursuite desdites rescisions, cessera : nonobstant statuts, coutumes ou usances quelconques à ce contraires, auxquelles, quant à ce nous avons dérogé et dérogeons de nostre certaine science, pleine puissance et autorité royale. » (33).

On conçoit aisément l'importance de la réforme, et

si l'ordonnance ne dénouait pas toutes les difficultés, il est certain qu'elle simplifiait bien des solutions. Les auteurs modernes ont coutume de dire que Louis XII porta de 4 à 10 ans le délai de la restitution. C'est vrai : mais comme ils ne disent pas en même temps que les actions rescisoires duraient trente ans, et que dans nombre de cas la restitution se donnait aussi pendant dix à trente ans, il y a entre leur assertion et les termes mêmes de l'ordonnance une choquante contradiction. — Si quelques esprits attachés aux vieux errements furent mécontents de la réforme et tâchèrent de la paralyser par une interprétation restrictive, on s'accorda en général pour reconnaître qu'elle était un véritable bienfait (34) et on l'étendit aussi loin que possible. Seul Dumoulin (35) osa critiquer l'ordonnance : il la qualifie *d'odiosa* et de *juris communis correctoria* ; c'est, dit-il, une de ces constitutions *quæ moribus utentium non receptæ fuerunt*. Il se trompe assurément et ses contemporains mêmes le font remarquer.

C'est sans doute pour vaincre les dernières résistances que François I^{er}, dans l'ordonnance d'Ys-sur-Tille, d'octobre 1535, répéta presque mot pour mot les dispositions de la précédente ordonnance. (33).

10. — Ces deux ordonnances ne s'appliquaient aux mineurs que pour les actions rescisoires : c'est du moins ce qui ressortait de leur texte, et c'est ainsi qu'on l'avait compris. Les controverses sur la durée de la restitution des mineurs restaient entières. François I^{er} compléta la réforme par l'art. 134 de l'ordonnance de Villiers-Costerets, d'août 1539 : « Nous voulons oster aucunes difficultés et diversités d'opinions, qui se sont trouvées par ci devant sur le temps que ce

peuvent faire casser les contracts faits par les mineurs : ordonnons qu'après l'âge de trente-cinq ans parfaits et accomplis, ne se pourra pour le regard du privilège en faveur de minorité, plutôt déduire ou poursuivre la cassation desdits contracts, en demandant ou en défendant par lettre de relèvement ou restitution ou autrement, soit par voie de nullité (pour aliénation de biens immeubles faite sans décret ni autorité de justice) ou pour lésion, déception ou circonvention, sinon qu'en semblables contracts, seront permis aux majeurs d'en faire poursuite par relèvement ou autre voie permise de droit. » (33).

Dumoulin (36) critiqua encore cette ordonnance, d'abord parce qu'elle est *juris communis correctoria*, puis parce qu'elle déclare l'exception de nullité prescriptible. En ce dernier point, il a doublement tort : il n'y a rien d'inique en soi à considérer cette exception comme prescriptible ; ensuite, si notre très-ancien droit (37) la déclarait imprescriptible, il y avait longtemps que l'opinion contraire était généralement acceptée : l'ordonnance ne faisait donc que consacrer par un texte positif la pratique courante (38). Ce qu'il était libre de critiquer, c'est l'interprétation peut-être erronée des textes par lesquels on justifiait cette pratique.

11. — Qu'était devenue la théorie des restitutions au dernier état de notre ancien droit ?

Comme principe, elle était toujours enseignée : Lorry, dans ses notes sur le traité des domaines de Lefebvre de Laplanche (39), en fait un exposé remarquable. (V. aussi Merlin) (40). Dans l'application, elle soulevait les plus vives controverses (41).

Partout, sauf dans les provinces réunies à la cou-

ronne postérieurement aux ordonnances, le délai de dix ans était accepté (42) ; partout il était considéré comme une véritable prescription, susceptible des interruptions et suspensions d'usage (43).

La distinction du rescindant et du rescisoire continuait de s'observer ; mais elle n'était plus envisagée que comme l'expression d'une vérité théorique, dont pratiquement on ne tirait aucune conséquence. (44).

Au début les restitutions étaient jugées par les seuls baillis royaux ; une ordonnance de 1559 permit d'en saisir les prévôts ; après l'ordonnance de Blois (1579), on put en saisir tout juge naturellement compétent (45).

Avec le temps, l'exigence des lettres perdit son caractère originaire. Il suffisait de les solliciter pour qu'elles fussent accordées, et l'on n'instruisait pas l'affaire. Cela devint une pure formalité questuaire, et, quoi qu'en dise Charondas, c'est à juste titre que les Trois Etats d'Orléans demandèrent du roi l'abolition de cette pratique (46). Les lettres n'avaient pas d'effet par elles-mêmes, mais seulement au moyen de l'entérinement, parties présentes ou dûment appelées. Ainsi pour échapper à la prescription décennale, ce n'était pas assez d'avoir exercé l'action en rescision ni même d'avoir levé les lettres dans les dix ans ; il fallait signifier ces lettres et en outre assigner l'adversaire à les voir entériner, avant que le délai de dix ans fût écoulé (47). A la longue on se départit un peu, semble-t-il, de cette rigueur.

12. — En résumé, dans le dernier état de notre ancien droit, on distinguait nettement les restitutions et les actions en nullité.

Les unes étaient accordées en vertu du droit romain, les autres en vertu des ordonnances et des coutumes.

Les unes ne pouvaient s'invoquer sans l'obtention préalable de lettres de chancellerie ; les autres étaient portées directement devant le juge compétent.

Enfin les unes duraient dix ans, les autres trente ans.

Mais, déjà, on peut constater chez les auteurs une tendance à considérer les actes nuls comme inexistant : il s'en suit que la nullité existe d'elle-même, et qu'il n'est pas besoin d'action pour la faire prononcer (48).

NOTES CONCERNANT L'INTRODUCTION

(1) Flach, *Etude sur la Minorité*, p. 45, note 3; Merlin, Rép., v° mineur.

(2) Flach, *ibid.*; Merlin, *ibid.*; Meslé, ch. xiv, n° 25, qui cite Dumoulin et Bourdin.

(3) Legrand, *Comment. sur la Cout. de Troyes*, art. 139, gl. 1; Merlin, v° nullité, p. 421.

(4) Beaumanoir, Ed. Beugn, ch. xvi, n° 4.

(5) Jostice et Plets, édit. Rapetti, p. 108, n° 1.

(6) *Coutumier d'Artois*, éd. Tardif, tit XXXI, n° 8.

(7) *Speculum juris*, p. 532, 2° c.

(8) *Règles coutumières antérieures à 1444*, citées par M. Viollet dans son *Edition des Établissements de Saint-Louis* (3^e vol.) règle IV.

(9) V. par exemple Jostice et Plets, p. 113-114.

(10) D'Argentré, sur l'art. 283 de l'*ancienne Coutume de Bretagne*, c. 1365-1; Legrand *loc. cit.*; Dunod, *presc.*, p. 175 et suivantes.

(11) Henrys, iv, p. 624; Meslé, *Minorité*, ch. xiv, n° 8; Ferrière, *Dict.*, v° restitution. — V. aussi Boutaric, Coquille, Domat, Bouvot, etc.

(12) Dumoulin, iv, p. 222, c. 1.

(13) Ducange, *Gloss.*, v° rescision.

(14) Meslé, chap. xiv, n° 8.

(15) Dumoulin, § 33, n° 47, in f., in *cons. Par.*

(16) D'Argentré, *loc. cit.*, Rebuffe, *de rescript. cont.*, gl. 9, n° 6.

(17) Mêmes textes; Rebuffe, *ibid.*, gl. 19, n° 1.

(18) D'Argentré, c. 1377-2; Rebuffe, gl. 12, n° 1.

(19) *Coutume du Maine*, a. 447; d'Anjou, a. 432; de Lorris, ch. XVII; d'Auvergne; (V. notes de Dumoulin sur ces cout.) — de Bretagne; — la Coutume du Maine accordait trente ans pour la restitution des mineurs.

(20) Henrys, iv, p. 624; Cujas, ii, p. 136 A; Rebuffe, *sur l'Ordonnance de 1539*, art. 134, § 2.

(21) Rebuffe, *sur l'Ordonnance de 1539*, art. 134, § 2.

(22) D'Argentré c. 1383, 9; Dumoulin, *sur l'Ordonnance de 1539*, art. 134; Guénois sur Imbert: *Pratique*, p. 237 et suivantes.

(23) D'Argentré, c. 1382, 3, 7 et 18; Guénois sur Imbert; Rebuffe *des restit.*, p. 418.

(24) Dumoulin, *sur l'Ordonnance de 1539*, art. 134.

- (25) D'Argentré, c. 1106 D.; Charondas, 1, p. 596; Guénois sur Imbert, p. 224.
- (26) Jean Faber, sur les §§ 14 et 16 des *Instit.*, IV, 6.
- (27) Rebuffe, *de Rest.*, §§ 25 et 26.
- (28) Le même, *Ibid.*, p. 404, n° 4.
- (29) Le même, *de Rescr. cont.*, gl. 19, n° 1.
- (30) V. d'Argentré, c. 1383, 9.
- (31) Louet, I, p. 496, 2° c., n° 6.
- (32) Dunod, *Presc.*, p. 175.
- (33) Néron, I, p. 84, 123, 240.
- (34) D'Argentré, c. 1378; Louet, *loc. cit.*; Choppin, *Cout. d'Anjou*, p. 40.
- (35) Dumoulin, sur les *Cout. d'Anjou*, art. 432; *du Maine*, art. 447.
- (36) Dumoulin, sur l'*Ordonnance de 1539*, art. 134; sur la *Cout. de Lorris*, ch. 17.
- (37) *Coutumier d'Artois*, *loc. cit.*
- (38) Merlin, *Rép.*, v°, *Prescription*, sect. 2, § 25, n° 1.
- (39) Lorry, sur *L. de Laplanche*, liv. 2, ch. 7.
- (40) Merlin, *Rép.*, v° nullité, p. 414.
- (41) V. Flach, *Etude sur les Eff. de la Minorité*.
- (42) Louet, *loc. cit.*; Choppin, *loc. cit.*; Bretonnier, *Questions de dr.*, v°: *Bénéfice de restitution*.
- (43) Charondas, *Mémorables observ.*, v° rescision.
- (44) Charondas, I, p. 596, Ferrière, v° restitution.
- (45) Choppin, *loc. cit.*, p. 401; Bouchel, *Biblioth.*, 2, p. 534.
- (46) Bouchel, *loc. cit.*; Larocheffavin, p. 912; Legrand, *loc. cit.*; Charondas, 2, p. 98.
- (47) Boutaric, *Inst.*; Serres, *Inst.*, p. 419; Salviat, v° *Restitution*; Dunod, *Presc.*, ch. 8., p. 175 et suiv.
- (48) V. Lorry et même Merlin, *loc. cit.*
-

CHAPITRE PREMIER

DE L'ACTION EN NULLITÉ OU EN RESCISION

13. — L'art. 1304 règle la durée de l'action en nullité ou en rescision. Dans l'ancien droit, l'action en nullité et l'action en rescision étaient distinctes par leur origine, leur procédure et leur durée. Après la loi des 7-11 septembre 1790 qui supprima les lettres de chancellerie, l'action en rescision fut directement introduite devant les juges compétents ; mais elle continuait de se prescrire par 10 ans, comme l'action en nullité de se prescrire par 30 ans. Le Code civil en fixant à 10 ans la durée de l'une et de l'autre action fit disparaître la dernière différence qui les séparât (1). Il n'y a plus aujourd'hui, comme cela ressort des termes de notre art. 1304 (v. aussi art. 1117) qu'une seule et même action sous deux noms (2).

D'ailleurs les modifications de l'art. 1304 au cours des travaux préparatoires ne laissent aucun doute sur

(1) Le Code n'avait plus, en effet, à considérer les sources du droit en matière de nullité.

(2) Demol., 29, n^{os} 24 à 28 ; Contra : Toullier, IV, n^o 521 et suivants.

ce point (1). La Commission du gouvernement, dans son projet de rédaction, avait nettement distingué l'action en nullité, qui correspondait à l'action en nullité de l'ancien droit, et l'action en restitution qui n'était autre que l'ancienne action en rescision. L'une durait 30 ans, l'autre 10. Les tribunaux dans leurs observations sur ce projet firent remarquer que le dol, l'erreur et la violence donnent lieu à une vraie action en nullité et non pas à une restitution, car ils annulent le consentement, ce qui est de l'essence des contrats; c'était du reste ainsi que l'entendait la sect. 1^{re} du chap. 1^{er} (art. 1108 et suiv.). Le Tribunal de cassation remplaça les quatre articles du projet par un article ainsi conçu : « *L'action en nullité* soit pour cause d'incapacité dans la personne qui s'est obligée, soit pour omission des formalités prescrites dans l'aliénation des biens des mineurs, soit *pour cause d'erreur, de violence ou de dol*, dure 10 ans, excepté dans le cas où la loi restreint ces actions à un moindre terme. Ce délai court pour les interdits du jour de la réhabilitation, pour les mineurs pubères ou impubères du jour de la majorité, et pour toutes autres personnes du jour de la convention. » En même temps, les tribunaux, tous d'accord sur ce point, demandaient que dans tous les cas le délai fût au maximum de 10 années (2). On fit droit à leurs réclamations, et il est manifeste que l'art. 1304 s'inspire directement de la rédaction du Tribunal de cassation. On y a remplacé l'énumération du début, dangereuse comme toute énumération qui n'est pas complète, par une formule plus large, destinée à comprendre toutes les hypothèses. C'est en souvenir du projet primitif et pour appuyer

(1) Fenet, 2, p. 189 et 597.

(2) Fenet, 13, p. 34, 91, 164, 287, 368, 438.

sur la réforme qu'au lieu de : l'action en nullité, on mit : l'action en nullité ou en rescision (1).

14. — Ainsi, il n'y a plus aujourd'hui qu'une seule et même action. Mais qu'est au juste cette action ?

Un acte est nul : 1° soit parce qu'un des éléments nécessaires à sa conclusion, 2° soit parce qu'un des éléments nécessaires à sa validité fait défaut. Dans un cas, il n'a puse conclure, il est inexistant; dans l'autre, il existe, mais infecté d'un vice originel, il peut tomber : l'action donnée pour faire reconnaître ce vice et faire tomber l'acte est l'action en nullité ou en rescision. On voit pourquoi elle ne concerne que la seconde catégorie de nullités : c'est qu'il n'est besoin de délier que ce qui est lié, et les parties ne sont liées qu'au cas où l'acte nul n'est pas inexistant (2).

15. — Trois conditions sont exigées pour la naissance d'une convention : une cause, un objet et le consentement des parties. (Art. 1108 et suiv. ; 1101, 1131, 146.) Donc, toutes les fois qu'un acte est nul pour défaut d'objet, de cause ou de consentement, l'action en nullité ou en rescision n'a point de lieu.

Cependant, il y a controverse sur ce point. L'absence d'objet, de cause ou de consentement peut tenir à la

(1) Cependant, par une vieille habitude qu'ont suivie les interprètes, le Code emploie plus volontiers le mot de rescision, quand il s'agit de la lésion des majeurs ou des mineurs (a. 887, n° 2, 1305-6-13, 1674). D'ailleurs, c'est le mot nullité qui désigne le vice des clauses prohibées, sur une présomption de lésion, dans les art. 1814 et 1855. (Voir aussi art. 2078, 2088). MM. Aubry et Rau, § 333, font de cette nuance de fait une distinction juridique.

(2) La loi emploie les mêmes termes pour désigner les deux catégories de nullités. Cependant, elle les distingue, comme il résulte de l'art. 1117 et plus spécialement, à propos de l'action en nullité, des travaux préparatoires : Rapport de Jaubert au Tribunat ; Fenet, 13. p. 368. — Voir aussi art. 1338. On qualifie communément d'annulable le contrat non inexistant.

force même des choses : par exemple un des contractants est mort au moment où l'autre accepte son offre. Elle peut tenir aussi à l'arbitraire du législateur : c'est ce qui arrive fréquemment pour la cause, quelquefois pour l'objet et le consentement ; il s'agira, par exemple, d'une cause illicite. Le contrat inexistant, d'après certains auteurs, serait seulement celui qui par la force des choses n'a pu se former, qui n'a même pas une apparence d'être ; si le défaut de cause, d'objet ou de consentement tient à l'arbitraire du droit positif, le contrat se forme et il ne tombera que si une action en nullité est intentée.

Ainsi, l'action en nullité serait donnée dans deux cas : 1^o Si le contrat est nul, ou mieux annulable, par suite de l'absence d'une des conditions requises pour sa validité ; 2^o S'il est nul pour défaut de cause, d'objet et de consentement, quand ce défaut tient à une disposition légale. Seulement, dans le premier cas, l'action ne peut être intentée que par un nombre restreint de personnes, strictement déterminées : c'est pourquoi l'on dit qu'il s'agit d'une nullité relative ; dans le second, elle appartient à tous intéressés quelconques : on dit alors que la nullité est absolue, ou bien encore qu'elle est d'ordre public. Mais l'intérêt de la controverse est la question de prescription : si l'acte nul est regardé comme inexistant, il n'y a pas d'action en nullité, et par conséquent il n'y a pas lieu de rechercher la durée de cette action ; la seule prescription qu'il faille envisager est celle des droits sur lesquels portait le soi-disant contrat, droits dont les parties ne se sont pas juridiquement dépouillées, encore qu'en fait elles se les soient livrés. S'il faut, au contraire, intenter l'action en nullité, il y a lieu de déterminer la durée de cette action ; est-ce 10 ans, comme on peut

l'induire des termes larges de l'art. 1304? Est-ce trente ans, conformément au droit commun?

Pour nous, ainsi que nous l'avons dit, il y a inexistence toutes les fois que la nullité tient à l'absence d'une des conditions requises pour la conclusion d'un contrat; cela résulte de la définition même des contrats : peu importe que cette absence vienne de la nature ou de la loi; comme le dit un arrêt (1) : « Qu'il n'y ait pas de consentement, ou que le consentement donné soit réputé par la loi n'avoir pas été donné, » c'est, au point de vue juridique, une seule et même chose.

16. — L'action en nullité ou en rescision n'a donc de lieu que si le contrat est entaché d'un vice affectant sa validité seulement (2).

(1) Cass., 11 nov. 1845; D., 46, 1, 25.

(2) On pourrait nous reprocher de ne pas tenir compte du texte de l'art. 1304. A supposer qu'il n'y ait plus aujourd'hui qu'une seule action sous deux noms, cette action, semble-t-il, s'applique tout aussi bien aux cas où jadis il fallait agir en nullité qu'à ceux où il fallait agir en rescision. Or, c'est à ces derniers seuls que nous l'appliquons; pour les autres, nous décidons que la nullité existe indépendamment de toute action en nullité. Mais, un acte inexistant ne produisant aucun effet, on ne conçoit pas que, pour échapper aux conséquences de cet acte, il soit besoin d'une action spéciale. Quant à l'objection tirée du texte, elle n'est pas probante. Nous avons vu, dans notre Introduction (n° 1 et 2), que, par abus ou ignorance, à la distinction des nullités qui sont ou qui ne sont pas des restitutions, on avait substitué celle des nullités écrites dans les lois romaines ou écrites dans les coutumes. Bon nombre de nullités, qui par leur nature sont des restitutions, étaient soumises à la prescription de trente ans et s'invoquaient par voie d'action en nullité, par cela seul qu'elles étaient insérées dans les coutumes. Nous n'en citerons qu'un exemple. En Auvergne, l'action donnée à la femme pour faire révoquer l'aliénation de son immeuble dotal durait trente ans, parce que, écrite dans la coutume, la nullité pouvait être invoquée sans lettres de rescision. (Chabrol, *Cout. d'Auv.*, 2, p. 195 et préc.; Du Pérrier, *Quest. not.*, liv. 4, quest. 17, p. 421). Voilà donc une *action en nullité* jadis soumise à la *prescription de trente ans*, et aujourd'hui soumise à celle de dix ans.

Deux conditions sont exigées pour la validité d'une convention ; il faut : 1^o Que les parties soient capables ; 2^o Que leur consentement soit pur de tout vice. (Art. 1108, 1125, 1304). Ainsi, les nullités pour incapacité et les nullités pour vice de consentement donnent seules ouverture à l'action en nullité ou en rescision, et par suite forment seules le domaine de l'art. 1304. C'est d'ailleurs exclusivement à des nullités de cette espèce que se réfère l'article 1304 lui-même, quand il énumère les applications les plus fréquentes de la prescription décennale.

Les vices du consentement sont l'erreur, le dol, la violence et quelquefois la lésion (Art. 1109 et 1118) ; les incapacités sont nombreuses et éparses dans le Code ; mais on les reconnaît à ce qu'elles sont toutes édictées pour protéger la personne déclarée incapable et qu'elles ne peuvent être invoquées que par cette personne. Mais, dira-t-on, nous nous faisons des incapacités une idée qui n'est pas exacte : il y en a qui sont édictées en défiance de l'incapable (art. 1596) ; il en est d'autres aussi que la loi établit pour des raisons d'ordre public et d'intérêt général (art. 902 et suiv.) ; sans doute, mais si le mot est le même, la chose est alors fort différente ; dans un cas, il ne s'agit pas de nullité mais d'inopposabilité, comme nous l'allons voir dans un instant, et dans l'autre, il s'agit d'une inexistence légale : la loi répute non écrite la libéralité du disposant, soit parce qu'elle ne lui reconnaît pas le droit de disposer, soit parce qu'il a voulu gratifier une personne privée du droit de recevoir à titre gratuit. Ainsi, dans un cas, le contrat naît, et naît valablement ; dans l'autre, la disposition est inexistante ; seules, les incapacités protectrices sont une cause d'invalidité des actes ; seules, elles donnent naissance à l'action en nullité ou

en rescision (1). Aussi faut-il toujours, en présence d'une nullité, rechercher les motifs sur lesquels elle repose.

C'est cette recherche qui nous permettra de déterminer d'une façon précise les cas où l'article 1304 s'applique. C'est elle encore qui nous permettra d'éviter une confusion contre laquelle les auteurs n'ont pas toujours su se mettre en garde. Quelquefois on qualifie de nullité l'inefficacité d'actes qui, sans cesser d'être valables entre les contractants, sont déclarés nuls par rapport aux tiers. C'est ce qui arrive au cas de l'action paulienne : les intéressés poursuivent directement leurs droits propres, car l'acte frauduleux ne leur est pas opposable. Quelquefois aussi, il s'agira d'une simple inopposabilité, bien qu'il n'y ait en présence que les deux parties (en apparence du moins). Voici en quelles circonstances : il peut arriver qu'en fait un contrat soit l'œuvre d'une seule personne : c'est quand cette personne en représente une autre et qu'elle a consenti le contrat, d'abord en son nom propre, ensuite, au nom du représenté (art. 1596). Un contrat ainsi conclu n'est point inexistant, puisqu'il y a consentement de deux parties ; il n'est pas annulable, puisque le consentement n'est entaché d'aucun vice et que l'incapacité du représentant n'est pas une incapacité protectrice. L'acte est donc valable, mais il est inopposable à la partie qui en fait n'a pas consenti, et cela parce que son représentant a excédé ses pouvoirs en consentant en sa faveur à lui-même un contrat qu'il ne devait consentir qu'au profit d'un tiers (2).

(1) C'est pourquoi le Tribunal de Cassation, dans son projet de rédaction, n'accordait l'action en nullité qu'au cas d'incapacité de la personne qui s'est obligée, c'est-à-dire au cas où l'incapable et le titulaire de l'action en nullité ne font qu'un.

(2) Les deux parties contractantes sont, à vrai dire, d'une

17. — Après avoir indiqué le domaine de l'action en nullité ou en rescision, il faut dire ce qu'est exactement cette action.

Pour se soustraire à l'exécution d'une promesse annulable, un débiteur n'a point besoin d'intenter l'action en nullité : il lui suffit de repousser par une exception la demande, d'ailleurs régulière, du créancier. Les juges statuent sur l'exception et prononcent l'annulation. — L'action en nullité est nécessaire dans deux hypothèses. 1° Le contrat n'a pas été exécuté, néanmoins le créancier n'en réclame pas l'exécution. Le débiteur, lui, entend ne pas exécuter, et il ne veut cependant pas rester sous la menace constante d'une poursuite, ou bien il craint qu'avec le temps les preuves de son droit ne périssent : or comme, jusqu'à la sentence judiciaire d'annulation, il est réellement obligé, il doit, pour obtenir cette sentence et se délier, intenter l'action en nullité. L'action n'a ici qu'un seul but : dénouer le lien contractuel non valablement formé. 2° Le contrat bien qu'imparfait a été exécuté ; par exemple, un mineur non autorisé a vendu et livré un immeuble. Ayant cessé d'être propriétaire, il ne peut pas revendiquer. Il ne le pourra que quand il aura recouvré sa propriété, c'est-à-dire quand les juges auront annulé le contrat. Il doit donc intenter l'action en nullité pour faire prononcer l'annulation. Ici l'action fait plus que dénouer un simple lien contractuel : elle est un moyen de restituer à une personne l'exercice de droits dont elle est réellement dépouillée.

La nécessité de recourir à l'autorité judiciaire pour

part le représentant en tant que mandataire excédant ses pouvoirs, et, d'autre part, le représentant en tant que particulier : le représenté est, en réalité, un tiers.

faire prononcer l'annulation d'un acte annulable, nécessité qui ne se rencontre pas au cas d'inexistence, tient à ce qu'il est défendu de se faire justice soi-même : l'intéressé n'est point en possession des avantages que lui confère la nullité; il doit donc obtenir de la justice cette possession.

Théoriquement, l'action en nullité ou en rescision a pour objet unique de faire prononcer par les juges l'annulation d'un acte ou d'un contrat; cette annulation prononcée, les obligations réciproques des parties sont en quelque sorte éteintes, si le contrat n'a pas reçu d'exécution (art. 1234, n° 7); s'il a été exécuté, les parties doivent se faire des restitutions mutuelles, et pour les obtenir elles ont une action tout à fait distincte de l'action en nullité : c'est l'action restitutoire qu'il ne faut pas confondre avec l'action rescindante. Pratiquement, le demandeur conclut par une seule et même action à l'annulation de l'acte et à la restitution de ce qu'il a livré; ou plutôt il conclut directement à cette restitution et n'invoque la nullité que comme un moyen à l'appui de sa demande. C'est excellent en pratique, mais il ne faut pas oublier qu'il y a dans cette manière de procéder deux instances réunies en une seule, et que l'une est préjudicielle à l'autre; ce qui le prouve, du reste, c'est que l'action rescindante s'exerce indépendamment de toute restitution; c'est aussi qu'elle appartient au demandeur seul, tandis que l'action restitutoire appartient à la fois au demandeur et au défendeur.

C'est pour avoir perdu cela de vue que bien des auteurs ont fait de fausses applications de l'art. 1304. Comme en apparence le demandeur procède au cas d'annulabilité exactement de même qu'au cas d'inexistence, c'est-à-dire par la poursuite directe de ses droits,

ils ont été amenés à appliquer l'art. 1304 dans des hypothèses où il s'agit d'inexistence.

18. — Et cependant l'action en nullité ou en rescision, autrement dit l'action rescindante, se distingue si bien, même aujourd'hui, des actions restitutoires données pour reprendre ce qui a été livré en vertu de l'acte, que toutes les différences entre l'acte inexistant et l'acte annulable tiennent précisément à ce que, dans ce dernier cas, il faut obtenir une sentence judiciaire d'annulation, préalablement à toutes autres prétentions.

Indiquons brièvement ces différences.

1° L'acte annulable, tant qu'il n'est pas annulé, produit tout son effet; l'acte inexistant ne produit aucun effet. C'est pourquoi Jaubert disait dans son rapport au Tribunal : « l'action en nullité ou en rescision ne s'applique qu'au cas où la convention peut produire une action, » et non au cas où il s'agit de « ces actes faussement qualifiés de contrats et qui ne produisent jamais d'action (1). »

2° Pour faire annuler un contrat annulable, il faut avoir qualité pour intenter l'action en nullité : or la partie en faveur de laquelle l'annulabilité est édictée, c'est-à-dire la partie dont le consentement était vicié ou qui était incapable, a seule qualité à cet effet; l'autre partie et les tiers sont sans qualité. Au contraire quand l'acte n'a aucune existence juridique, tous les intéressés, quels qu'ils soient, peuvent se prévaloir de cette inexistence (2).

(1) Fenet, 13, p. 368 et suiv.

(2) *Primus*, usurpateur, repoussera la revendication de *Secundus*, qui a acquis *a vero domino*, mais par un contrat légalement inexistant. *Primus* ne fait qu'user du droit accordé à tout possesseur de rester en possession, tant qu'il n'est pas expulsé par le propriétaire ou son ayant droit : or, *Secundus* est, en réalité,

3° S'il s'agit d'un contrat annulable, quelle que soit la nature du droit engagé dans ce contrat, il faut, pour en détruire les effets, prendre la voie de l'action en nullité ou en rescision (ou de l'exception de nullité). S'il s'agit d'un contrat inexistant, chaque partie, restée titulaire des droits qu'elle a voulu transmettre à l'autre, peut et doit agir comme titulaire de ces droits. Le prétendu débiteur, sommé d'exécuter, dira simplement : je ne suis pas obligé, et même il pourra ne rien répondre, car un demandeur doit faire sa preuve, et ici le demandeur ne la fera pas, puisqu'il n'a pas de titre ; ou bien encore l'intéressé exercera l'action à laquelle il a renoncé. — Si l'obligation apparente a été exécutée, le débiteur a livré ce qu'il ne devait pas ; il peut donc agir en répétition de l'indû ; ou, si c'est un droit réel qui a été constitué, le constituant a suivant le cas la revendication ou l'action négatoire (1).

4° L'acte annulable est susceptible de confirmation. En effet, un tel acte produit tout son effet tant qu'il

sans titre. Si le titre de *Secundus* est seulement annulable, *Primus* ne pourra pas repousser son action.

(1) Est-il possible d'intenter une action à seule fin de faire reconnaître qu'un acte n'existe point ? En effet, dans la pratique, le besoin d'une telle action se fera quelquefois sentir : un héritier présomptif renonce à une succession non encore ouverte ; sa renonciation est non avenue, art. 1130 ; il pourra donc, après la mort du *de cujus*, intenter l'action en partage ou exercer la pétition d'hérédité. Mais à raison de certaines circonstances, par exemple de la rédaction calculée d'un écrit, il craint que, la succession une fois ouverte, la renonciation ne paraisse postérieure à ce moment. Pour éviter ce danger, peut-il intenter une action pour faire reconnaître dès aujourd'hui l'inexistence de sa renonciation ? Il serait bien dur de lui refuser ce droit ; mais l'office du juge sera simplement alors de constater un état préexistant et d'en donner acte. Une telle action n'est d'ailleurs pas, à la différence de l'action en nullité, susceptible de se prescrire par aucun laps de temps ; elle n'est pas non plus, à notre avis, interruptive de la prescription extinctive ou acquisitive des droits nés ou transmis par suite de l'exécution de l'acte inexistant.

n'est pas annulé et il ne peut l'être qu'à la requête d'une seule partie; si cette partie renonce au droit de le faire annuler, il va subsister désormais inattaquable. — Au cas d'inexistence, toute confirmation est impossible; manquant d'objet, elle serait elle-même inexistante, à l'égal de l'acte qu'elle prétendrait valider. Sans doute, si l'acte confirmatif est par lui-même une convention parfaite, il pourra vivre d'une existence propre; mais même alors il n'y a pas confirmation; c'est un acte refait qui prend la place d'un autre (art. 1339); cet acte refait est l'œuvre de deux volontés; la confirmation est l'œuvre d'une volonté unique.

5° L'acte annulable est susceptible d'être validé par l'expiration d'un certain temps : en effet, à l'expiration du délai imparti pour intenter l'action en nullité, il devient inattaquable. — Aucun laps de temps ne peut valider un acte inexistant : la seule prescription qui soit ici à considérer est la prescription extinctive ou acquisitive des droits nés, transmis ou non exercés par suite de l'exécution de l'acte.

19. — Connaissant à quelles sortes d'actes l'action en nullité ou en rescision se réfère, sachant aussi ce qu'elle est exactement, il ne nous reste plus, pour en finir avec elle, qu'à dire quelques mots de son extinction.

L'art. 1304 en fixant la durée de notre action détermine par là-même le délai à l'expiration duquel l'acte annulable est validé : ainsi, en même temps qu'il règle le mode d'extinction d'une action, il établit le mode de validation d'un acte; aussi a-t-on pu se demander si la loi décrète l'extinction de l'action comme moyen de valider l'acte, ou si la validation de l'acte est une simple conséquence de l'extinction de l'action. Tous les auteurs, dans leurs explications sur

l'art. 1304, sont partis de cette prémisse qu'il s'agit ici d'un mode spécial de validation, sorte de confirmation tacite; c'est d'ailleurs le point de vue auquel se place l'art. 1115; c'est également ce qui semble résulter de l'art. 1304 lui-même, qui fixe à des dates diverses le commencement des 10 ans. La conséquence logique de ce système est que la règle de validation écrite dans l'art. 1304 ne s'oppose pas à l'application de la règle de prescription et d'extinction pures, écrite dans l'art. 2262.

Pour nous, l'art. 1304 a pour but immédiat l'extinction de l'action en nullité ou en rescision, comme il ressort de ses termes mêmes; la règle qu'il contient est une règle de prescription pure, et par conséquent elle est exclusive de toute autre prescription. Sans doute, par application de cette règle, l'acte sera validé; mais ce n'est pas que les parties soient présumées l'avoir confirmé en laissant éteindre leur action; c'est que la loi, après un certain délai, leur refuse d'autorité le droit de l'attaquer.

CHAPITRE SECOND

DU FONDEMENT DE LA PRESCRIPTION DÉCENNALE

20. — L'art. 1304 fixe à dix ans la durée de l'action en nullité ou en rescision; la durée ordinaire des actions est de trente ans : pourquoi le législateur a-t-il ici dérogé au droit commun? question aussi importante que délicate, car y répondre, c'est presque résoudre à l'avance, partout où la théorie de notre article est en jeu, la plupart des difficultés.

Jaubert, dans son rapport au Tribunat (1), indique deux motifs à cette règle restrictive du droit commun. Le premier est que « les propriétés ne doivent pas rester trop longtemps incertaines ». Cette raison, dit-on, n'explique rien, car la revendication se donne pendant trente ans, et c'est la durée commune de toutes les actions, même de celles qui rendent les droits fragiles. Jaubert ajoute : « Un laps de temps sans réclamer doit faire présumer la ratification. » Voilà, pour les auteurs, le vrai caractère de cette prescription; c'est une confirmation présumée; et l'art. 1115

(1) Fenet, 13, p. 370 et 371.

met ce principe merveilleusement en lumière : « Un contrat ne peut plus être attaqué... s'il a été *approuvé... en laissant passer le temps* de la restitution fixé par la loi. » Cette opinion est unanime (1); tous les auteurs enseignent que l'art. 1304 repose sur une idée de confirmation. Formulée en termes aussi absolus, cette opinion ne nous paraît pas exacte (2).

21. — On peut renoncer à un droit patrimonial, et si ce droit n'est pas exercé pendant un long espace de temps, il est naturel de présumer qu'on y a renoncé. C'est ce que disait déjà, à propos de l'*in integrum restitutio*, le jurisconsulte Paul (3); c'est ce que nos vieux auteurs répétaient à propos des actes du mineur (4). Mais cette présomption de renonciation n'est pas l'unique raison dont s'inspire la loi pour éteindre les actions : personne ne le soutient pour la prescription trentenaire, et cependant c'est la doctrine universelle sur l'art. 1304. Il s'agit là d'actes annulables dont le sort est entre les mains d'une des parties; le silence de l'intéressé a donc alors un caractère précis : il exprime le désir formel de maintenir ce qui existe, autrement dit, de confirmer l'acte vicié.

Est-il bien exact de raisonner et de conclure ainsi ? Sans doute souvent les choses se passeront comme on le suppose, mais l'homme est naturellement négligent, il est emporté par le tourbillon de ses affaires actuelles et n'a pas toujours le loisir de revenir sur celles du passé : il peut avoir l'intention de demander l'annulation d'un contrat jadis accompli, et cependant

(1) Voir Aubry et Rau, § 339, t. et n° 3; Demol., 29, n. 50.

(2) Voir sur l'inexactitude de cette formule présentée comme absolue : Valette, *Mél.*, 1, p. 29 à 32.

(3) *Sent.*, I, 9, § 3.

(4) Cujas, t. 10, p. 908 B; Dumoulin, II, p. 789.

sément son but, se contente de dire qu'elle est écrite garder un complet silence, ne rien faire pour l'attaquer. La loi alors est obligée d'intervenir et de fixer une époque où s'éteignent les droits dont il n'a pas été fait usage. Elle intervient dans l'intérêt de tous, parce que l'incertitude des droits est un fléau dans les sociétés, parce que le crédit public exige des situations juridiques conformes aux situations apparentes, parce que les preuves périssent avec le temps, et qu'il faut donner au temps le pouvoir de suppléer à l'absence de preuves.

Est-il permis de croire que le législateur a fait bon marché des ces considérations pour ne voir que l'autre aspect de la question, lorsqu'il s'est agi de fixer le délai à l'expiration duquel l'action en nullité devait s'éteindre ? C'est impossible, surtout quand on voit l'orateur du Tribunat invoquer tout d'abord « *l'intérêt public, la nécessité de mettre un terme à l'incertitude des propriétés, le repos des familles* » et ne parler qu'en second lieu de la confirmation présumée. Il indique avant tout le motif principal, décisif ; l'autre ne vient qu'après, bien après. Mais, et cette observation est capitale, l'art. 1304 à son origine dans les trois ordonnances du xvr^e siècle, que nous avons étudiées. Ces vieux monuments de notre législation nous ont été expliqués par leurs auteurs mêmes ; ils nous ont dit à quels besoins leur innovation répondait, et ces besoins, nous l'avons vu, étaient réels et nullement exagérés. L'ordonnance de Louis XII veut que les domaines et propriétés des choses ne soient incertaines et sans sûreté es-mains des possesseurs d'icelles — et que la preuve des parties ne périsse ou soit rendue difficile par le temps. L'ordonnance d'Ys-sur-Tille copie textuellement ces mêmes motifs et les fait siens. Celle de Villers-Cotterets, sans indiquer expres-

pour tarir dans leur source quelques difficultés : or ces difficultés résultaient précisément de ce que les droits étaient incertains, parce que les auteurs ne s'entendaient pas sur la durée de plusieurs actions. En résumé ces trois ordonnances se fondent sur la nécessité d'assurer la stabilité des propriétés et de consolider les situations acquises : aucune ne mentionne l'idée de confirmation, aucune même n'y fait allusion.

C'est encore ces mêmes nécessités que plus tard Louet invoquait en termes si énergiques ; c'est encore elles qui amenèrent la rédaction définitive et actuelle de l'art. 1304, sur la demande expresse et fortement motivée des tribunaux, interprètes des besoins pratiques. D'après le projet du gouvernement l'action en nullité durait trente ans ; l'action en restitution durait dix ans. Le Tribunal de cassation s'éleva contre le terme de trente ans et proposa dix ans pour les deux cas. Le Tribunal d'Orléans qualifie d'odieuse la conduite de celui qui réclame la nullité d'un contrat au bout d'un temps trop long : c'est une fraude, c'est trop d'incertitude dans les droits, trop de danger pour le crédit : les nullités ne doivent durer que dix ans. Le Tribunal de Paris se plaint aussi des désastres qu'entraîne l'incertitude des droits ; aussi trouve-t-il excessif le délai de trente ans et même celui de dix ans ; il propose quatre ans ou même moins (1). C'est pour donner satisfaction à toutes ces réclamations que l'art. 1304 assimila tous les cas et fixa la durée de l'action à dix ans. Bigot-Préameneu dans son exposé des motifs (2) n'invoque également que le seul motif de l'incertitude des droits.

(1) Fenet, II, p. 597 ; V. p. 62 et 234. V. Trib. de Lyon, IV, p. 142.

(2) N° 173. Loqué, XII, p. 390.

Et, à dire vrai, la nécessité de mettre un terme à cette incertitude est impérieuse en notre cas. Bien des causes rendent les droits fragiles ; mais, si nombreuses qu'elles soient, elles ne constituent cependant que des exceptions, elles ne font pas partie de la vie quotidienne. Au contraire, il n'est pas un acte, pas un seul, qui n'ait pour base le consentement des parties ; il n'est donc pas un acte, quel qu'il puisse être, qui soit à l'abri d'une nullité pour vice de consentement ; — s'il s'agit d'incapables, il n'est pas un seul de leurs actes qui ne soit exposé à tomber. Laisser à la prescription de ces nullités la durée de trente ans, c'était multiplier dans des proportions singulièrement redoutables l'incertitude des propriétés et les maux qu'elle entraîne. Ajoutons que ces nullités nécessitent souvent un examen de faits et une appréciation de preuves que le temps rend toujours plus difficiles et plus incertains.

Voilà d'une façon précise les motifs qui ont guidé le Code et il nous est maintenant aisé de dégager la théorie de l'art. 1304.

22. — L'art. 1304 confond dans un seul texte deux institutions juridiques ayant chacune leurs caractères propres, mais conduisant au même résultat et par là faisant en partie double emploi : la confirmation présumée après un laps de temps et l'extinction du droit imposée par la loi après un certain délai : il les résume en une institution unique, la prescription décennale. De ces deux origines, c'est incontestablement la dernière qui a laissé la trace la plus profonde, car elle est la plus importante et elle continue une tradition longue et ininterrompue. Il s'agit d'actions que la rigueur des principes refuserait et qu'une loi clémente accorde par

faveur. La prompt extinction de ces actions est la contrepartie, en quelque sorte, le prix de cette faveur.

L'origine première de toute cette théorie est l'*in integrum restitutio* romaine (1). Le droit primitif était dur et se souciait peu de protéger les individus. C'était aux intéressés à se défendre eux-mêmes, à prendre leurs précautions; s'ils n'étaient pas assez avisés, tant pis pour eux. Si rude que soit cette conception du droit, elle se comprend. Le préteur entendit autrement le rôle de législateur, il crut devoir tempérer la rigueur des lois; il imagina l'*in integrum restitutio*, mais, comme c'était une faveur, il ne la concéda que pour un temps strictement limité. Les actions du *jus civile* duraient éternellement: le préteur n'accorda qu'une année. Plus tard, l'empereur succéda au préteur, les délais furent changés, mais le principe resta le même.

On sait l'influence de l'*in integrum restitutio* sur notre ancien droit français. Nos vieux auteurs disent volontiers qu'elle est passée de toutes pièces chez nous. Le roi seul a pouvoir de restituer et aucune rescision ne peut être prononcée sans qu'il l'ait autorisée par des lettres. Ce rôle du souverain s'atteste mieux encore par ce fait qu'à l'origine, les lettres n'étaient données que *cognita causa* et n'étaient pas, ce qu'elles devinrent plus tard, un droit qu'on acquérait à prix d'argent. Le préteur avait senti la nécessité de restreindre à un court espace de temps le bénéfice qu'il

(1) Nous ne prenons pas cette expression dans son sens technique et étroit. On distinguait, en effet, l'*actio de dolo*, l'*exceptio doli* et la *restitutio in integrum ob dolum*; nous entendons désigner l'ensemble de ces moyens, l'idée commune qui les a inspirés et qui, d'après bien des interprètes, les aurait fait imaginer tous trois en même temps. — Voir Acc., n° 814, notes.

accordait ; nos rois, aux prises avec la même nécessité, limitèrent à dix ans les actions en rescision.

L'article 1304 est le dernier terme de cette évolution. Il consacre une faveur ; mais par cela même qu'elle s'écarte du droit commun, la durée de cette faveur est strictement limitée.

Et comment nier qu'il n'établisse une véritable faveur ? L'homme est libre de faire ou de ne pas faire un acte ; mais dès que cet acte est accompli, il est définitif ; quelques regrets qu'il puisse causer à son auteur, il devra subsister et produire son entier effet (1). Le principe est certain, et pour la stabilité des affaires, il s'impose. Cependant l'équité souffre parfois des résultats auxquels on est conduit ; les lois les meilleures sont celles qui savent atténuer les conséquences trop rigoureuses d'une règle. Aussi notre Code permet-il que dans certains cas on rétracte les actes mal à propos consentis. Mais c'est là une faveur en dehors du droit commun, il faut se hâter d'en profiter, car elle s'éteint par dix ans. Jadis c'était le prêteur en vertu de son *imperium*, plus tard le roi, en vertu de son autorité qui restituait après en être sollicité ; aujourd'hui, c'est la loi qui d'avance restitue : le mécanisme seul est changé, mais le principe est encore ce qu'il est resté à travers les siècles.

23. — Il n'y a qu'à parcourir les diverses hypothèses prévues à l'article 1304 pour être convaincu qu'il s'agit

(1) Lorry, dans ses notes sur le traité des domaines de Lefebvre de Laplanche, s'exprime ainsi : Quand le réclamant « est lui-même l'auteur de l'acte, il a lui-même donné contre lui le témoignage d'une volonté dont l'autorité était souveraine ; s'il donne, dans un moment où les choses ne sont plus entières, le témoignage d'une volonté contraire, c'est un repentir tardif. Les conventions libres dans leur origine, sont ensuite de nécessité. » — Liv. 2, ch. 7.

bien là d'un bénéfice exceptionnel et que sa courte durée s'explique par ce caractère d'exception.

24. — L'article 1304 parle d'abord des vices du consentement. L'erreur peut être destructive du consentement ; en ce cas, l'acte n'a pas d'existence et l'article 1304 ne s'applique pas. Quand l'erreur n'empêche pas de consentir, on devrait subir les conséquences de son erreur ; et s'il est permis de se soustraire aux engagements qu'on a souscrits, c'est manifestement par un bienfait de la loi, par une restitution. Nous en dirons autant d'un consentement donné à la suite d'un dol ou arraché par violence : tant pis pour qui se laisse tromper, ou bien, si de deux maux on choisit le moindre, on a le sort pour lequel on s'est décidé. La condition des intéressés est dure ; la loi, par équité, l'adoucit ; mais, il est impossible de ne pas le reconnaître, l'intervention légale est dans une certaine mesure arbitraire, c'est un bienfait dont elle peut à son gré régler la concession.

25. — A propos de l'interdit, il faut distinguer. S'il est en démence au moment de l'acte, il n'y a pas de consentement, il n'y a pas d'acte ; tout intéressé devrait pouvoir faire constater l'inexistence de cet acte ; mais l'aliéné serait le plus souvent dans un grand embarras pour démontrer qu'il n'a pu consentir, et dans le doute ses actes ne seraient presque jamais déclarés nuls. La loi pour le protéger crée une incapacité civile, artificielle qui subsiste dans ses intervalles lucides, qui s'impose aux tiers, qui, par la volonté toute puissante, mais évidemment arbitraire de la loi, donne une existence juridique à l'acte, quand cet acte n'a même pas d'existence de fait. Dès lors, si l'interdit a

réellement consenti, c'est incontestablement une faveur que de lui permettre d'invoquer sa maladie pour ne pas tenir ses promesses. S'il n'a pas consenti, c'est une faveur de ne permettre qu'à lui seul d'attaquer l'acte; c'est une nouvelle faveur, s'il agit en qualité d'interdit, de le dispenser du fardeau de la preuve. Mais il est libre de se soumettre au droit commun; en ce cas nulle faveur ne lui est faite et son action dure trente ans (v. n^{os} 52 et 69).

26. — Pour les mineurs, ceux qui ont consenti dans un âge voisin de la majorité ont pu donner un consentement absolument plein, et s'ils peuvent rompre leurs engagements, c'est par un bienfait de la loi. S'ils peuvent quelquefois attaquer les actes faits par leur tuteur, c'est également une faveur : le tuteur les représente, l'acte est censé fait par eux-mêmes et devrait être définitif. On concevrait que la loi les trouvât suffisamment garantis par la responsabilité d'un tuteur désigné selon ses vœux.

27. — Reste la femme mariée. Pour elle le doute n'est pas permis; son action en nullité est une incontestable faveur, et même une injuste faveur (1). Pourquoi l'autorisation du mari est-elle exigée? Est-ce comme sanction de l'autorité maritale? Le mari seul devrait avoir une action. Est-ce pour la conservation des intérêts matrimoniaux et collectifs dont le mari est le représentant (2)? Seul encore le mari devrait avoir une action. Admettons pourtant que la femme agisse, non en vertu d'un droit établi à son profit, mais en vertu d'un droit qu'elle puise dans sa parti-

(1) Voir Gide : *Condition privée de la femme*; éd. Esmein, pp. 460 et 475.

(2) Aubry et Rau, § 472, n^o 5.

cipation aux intérêts collectifs, nés du mariage. Nos actes sont opposables à ceux que nous représentons; si la femme se trompe dans ses calculs, si elle fait une fausse spéculation, elle devrait infliger à sa famille les conséquences de ses actes, si désastreuses qu'elles fussent. Elle peut épargner aux siens ces mécomptes : c'est donc bien une réelle faveur.

Mais l'autorisation maritale est avant tout un moyen de suppléer à l'incapacité de la femme. Nous invoquons ici la haute autorité de M. Gide (1) : « Faute d'autorisation, la nullité peut être réclamée par la femme elle-même; elle n'est pas couverte par le silence et la mort du mari; que si le mari est mineur, absent, interdit, condamné à une peine afflictive, la femme ne peut plaider ni contracter sans l'autorisation de justice : tous ces textes ne disent-ils pas que la puissance maritale est établie dans l'intérêt personnel et individuel de la femme, et non pas seulement dans l'intérêt du ménage? » Le tribun Mouricault (2) affirmait la même pensée en termes énergiques. — Ainsi accorder une action à la femme, c'est lui accorder une faveur individuelle.

28. — L'action en nullité appartient au mari. Le mari n'a aucun titre personnel pour avoir une action. Ce qu'on veut, c'est uniquement protéger la femme pour elle-même ou en tant qu'elle est intéressée à soustraire sa famille aux conséquences de ses actes. Ce but ne comporte pas multiplicité d'actions; il n'y en a qu'une; mais comme la femme pourrait ne pas l'intenter (ce qu'elle a fait autorise cette supposition), on permet au mari l'exercice de cette action : de même

(1) *Loc. cit.*, p. 426.

(2) Locré, 12, p. 553.

le tuteur exerce l'action du mineur ; seulement ici la femme conserve de son côté le droit d'agir. Il y a donc deux titulaires d'une même action ; chacun en a l'exercice indépendant et libre, mais dès qu'un des deux a agi, le droit est épuisé. Ainsi l'action du mari n'a jamais pour fondement un droit à lui propre, un droit pécuniaire ; c'est l'action de sa femme qu'il exerce et jamais ses héritiers ne pourront l'exercer (1). L'action du mari rentre donc bien dans notre interprétation de l'art. 1304.

29. — On a prétendu trouver dans l'art. 1304 lui-même la preuve qu'il s'agit là d'une confirmation présumée. Les dix ans, dans les divers cas qu'il énumère, ne commencent à courir que du jour où le vice a cessé, du jour où la confirmation serait possible ; il y a concordance parfaite. Si c'était vrai, une logique rigoureuse exigerait que la confirmation présumée fût soumise à toutes les conditions de l'art. 1338 pour la validité d'une confirmation expresse. Il n'en est rien. Ainsi, l'on sait que la confirmation expresse laisse intacts les droits des tiers (2) ; or, il est certain que la prescription décennale leur est opposable ; c'est donc qu'il s'agit d'une véritable prescription.

D'ailleurs les femmes mariées et les mineurs émancipés ont l'exercice de leurs actions ; il leur est permis de confirmer avec l'autorisation de leur mari ou l'assistance de leur curateur les actes qu'ils peuvent attaquer par voie de nullité ou de rescision, et malgré

(1) Nous savons que notre décision se heurte au texte formel de l'art. 225 ; mais c'est à grand-peine que les auteurs ont pu trouver une application même théorique de cette partie de l'article. Nous croyons que c'est par erreur que les héritiers du mari sont mentionnés dans ce texte.

(2) Aubry et Rau, § 337, n° 35.

cela les actions qui leur sont accordées ne commencent à se prescrire que du jour de la dissolution du mariage ou de la majorité. C'est donc qu'il y a quelque chose de plus qu'une simple idée de confirmation.

Déjà *l'in integrum restitutio* ne se donnait que du jour de la découverte du dol ou de l'erreur, que de la majorité ; c'est aux mêmes époques que nos anciennes ordonnances placent le point de départ des dix ans, et notre Code reproduit leur disposition. Il accorde le bénéfice d'une action ; il eût été dur de le retirer avant qu'on eût eu la faculté d'en profiter.

30. — Enfin un dernier fait prouve bien le véritable esprit de l'art. 1304. La rédaction du Tribunal de Cassation, dont l'art. 1304 est la copie presque littérale, fixe le point de départ des dix ans dans un certain nombre d'hypothèses : elle se termine par ces mots : « et pour toutes autres *personnes*, ce temps court du jour de l'acte. » Mouricault (loc. cit) dit aussi : « Les *mineurs, les interdits, les femmes mariées*, sont admis *en ces qualités* à se faire restituer contre leurs engagements : » Peut-on plus clairement indiquer que dans toutes ces hypothèses il s'agit d'un bénéfice en faveur les personnes ? qu'il s'agit d'actions qui sont « des restitutions. »

Toute notre théorie est résumée dans ces paroles du tribun Mouricault à propos de l'action en nullité : (1) « La nécessité de donner de la stabilité aux propriétés exigeait que l'action, *quand elle est permise par la loi*, pût être couverte par la ratification, et que la durée même de cette action fût limitée. » C'est nettement distinguer de la confirmation l'extinction imposée par la loi ; l'action n'existe pas *ipso jure* ; elle n'est qu'une

concession gracieuse, une *permission* du législateur (1).

(1) « Les nullités ou rescissions, » dit M. Colmet de Santerre (t. 5, n° 265 *bis*, X) « ont conservé, pour ainsi dire, à l'insu du législateur, le cachet de leur origine romaine : ce sont *des restitutions en entier*, des secours accordés à la faiblesse ou à l'erreur, des dérogations au droit pur, d'où la nécessité d'abréger la durée. » MM. Aubry et Rau (§ 626, n° 42), qui d'ailleurs partagent l'opinion générale sur le fondement de notre article, reconnaissent cependant qu'il ne s'agit pas là d'une renonciation tacite fondée sur un véritable consentement; cette renonciation repose sur un consentement fictif; elle résulte moins d'un acte positif de la volonté de la personne qui l'encourt que de la déclaration de la loi elle-même. Les savants auteurs en concluent que les conditions de cette renonciation « imposée » peuvent être différentes des conditions des autres renonciations. Cet aveu, un peu singulier peut-être, n'est-il pas la meilleure preuve que, dans la théorie de l'art. 1304, l'idée pure de confirmation ne suffit pas pour tout expliquer ?

CHAPITRE TROISIÈME

DU PRINCIPE D'INTERPRÉTATION DE L'ART. 1304

31. — L'art. 1304 ne s'applique pas seulement lorsqu'il s'agit de l'action en nullité ou en rescision des conventions ; il s'applique même quand l'action est dirigée contre des actes qui ne sont pas des conventions, contre des actes unilatéraux.

Cependant cette interprétation large de notre article n'est pas généralement reçue. Comme tout texte dérogeant au droit commun, il doit être, dit-on, strictement interprété, et puisqu'il ne parle que des conventions, c'est qu'il ne concerne qu'elles. Tout ce qu'on nous permet, c'est de donner au mot convention son sens le plus large, et d'entendre par là tout acte juridique qui nécessite le concours de deux volontés, par exemple un paiement ou une remise de dette. Mais si l'acte entaché de nullité est une acceptation ou une renonciation de succession ou de communauté, si c'est un testament ou bien la confirmation d'un acte lui-même annulable, dans tous ces cas, l'art. 1304 ne s'applique pas, car il ne s'agit pas là de

conventions. Notons toutefois que MM. Aubry et Rau (1) appliquent l'art. 1304 à tous actes de volonté même unilatéraux d'où résulte un engagement, une renonciation ou une décharge, et qui, opérant à l'instar d'un contrat, lorsque le bénéfice en a été accepté par les intéressés, confèrent à ces derniers des droits irrévocables.

Pour nous, il nous est impossible d'admettre une interprétation aussi étroite de l'art. 1304 : d'abord elle est contraire à la tradition ; puis sous prétexte d'un respect littéral pour le texte, on dénature absolument la pensée du législateur.

L'ordonnance de juin 1510 était très compréhensive, elle soumettait expressément à la prescription décennale toutes rescissions de contrats, distrats et autres actes quelconques. Cette règle, purement et simplement reproduite dans le projet du gouvernement, devait régir désormais les nullités aussi bien que les rescissions, puisqu'il n'y avait plus qu'une seule action. Il y a là une sérieuse présomption en faveur d'une interprétation large de l'art. 1304 ; cependant, c'est en s'appuyant sur ces précédents mêmes qu'on soutient l'opinion contraire.

32. — Voici comme on raisonne : l'art. 1304, au lieu d'employer une formule générale comme l'ordonnance, ne parle que des conventions. Et cette restriction n'est pas due aux hasards d'une rédaction tourmentée ; elle témoigne d'une intention formelle, car les travaux préparatoires emploient toujours le mot de convention, quelquefois celui de contrat, mais jamais d'expression plus étendue comme le mot acte.

(1) § 339, t. et n° 14.

Enfin il y aurait une raison décisive de la distinction nouvelle entre les cas où le *negotium juris* est l'œuvre de deux volontés et ceux où il est l'œuvre d'une volonté unique. Deux personnes sont en présence : celle qui demande la nullité et son adversaire. Cet adversaire a fait une convention ; il a compté sur elle ; s'il avait su qu'elle était nulle, il se serait retourné d'un autre côté. La nullité de la convention est pour lui une déception en fait et en droit ; la loi prend en considération sa situation fâcheuse et décide qu'au bout de dix ans, il ne peut plus être inquiété. S'il s'agit d'actes où il n'y a qu'une volonté, ces motifs s'appliquent en fait, non en droit. Soit une renonciation à succession ; ceux qui recueillent à défaut du renonçant ont intérêt à ne pas rester en suspens pendant trente ans ; plus tard la nullité sera prononcée, et plus grand sera leur dommage. Cependant, aux yeux de la loi, ils n'ont pas à se plaindre. Ce qu'ils ont recueilli, ils l'ont en vertu de leur titre propre ; ils ne le tiennent pas du renonçant ; entre lui et eux, il n'y a aucun lien et ils n'ont jamais pu juridiquement compter sur ce qu'il a fait. Cet acte est pour eux un accident, et le législateur les a laissés dans le droit commun, sans vouloir consolider leur situation par une faveur particulière (1).

33. — Cette argumentation est loin d'être concluante. On parle des travaux préparatoires : ce qu'on en rapporte est inexact, comme nous le verrons ; on n'en peut citer aucun passage, où l'intention de modifier l'ancien droit soit exprimée. — La loi, dit-on, distingue non sans raison la situation des personnes qui, ayant fait une

(1) Simon, *Thèse de doctorat*, 1886.

convention, ont pu légitimement compter sur elle, et la situation des personnes qui voient leurs droits modifiés, à la suite d'un acte auquel elles sont absolument étrangères. Il y a là une différence indéniable, mais elle est restée en dehors des prévisions du législateur. Nulle part, ni chez nos anciens, ni dans les travaux préparatoires, on n'a allégué rien de semblable. Celui qu'on entend protéger, c'est l'incapable et non son adversaire. Sans doute on a maintes fois montré la nécessité de mettre un terme prompt à l'incertitude des droits ; mais ce qu'on a voulu empêcher, c'est l'incertitude en elle-même, pour les troubles qu'elle entraîne, pour les désastres dont elle est cause ; ce qu'on a voulu consolider, c'est le crédit public. Jamais on n'a parlé de déceptions auxquelles juridiquement les parties pouvaient ou non s'attendre. S'il est vrai que l'art. 1304 mette en présence deux contractants, presque toujours l'incapacité de l'un ou les vices qui peuvent altérer son consentement seront connus de l'autre, ou s'il les ignore, presque toujours il devra s'en prendre à sa négligence. Cette partie mérite-t-elle vraiment une protection qu'on refuse à ceux qui n'ont pas agi spontanément, qui n'ont rien pu faire pour écarter le danger ? à ceux qui tiennent de la loi leur situation et qui en conséquence sont en droit, sans avoir à se préoccuper de rien, de la croire définitive ? Une personne d'elle-même, sans être sollicitée ou encouragée, prend une résolution dont l'effet se fera sentir sur le patrimoine d'un étranger, et cet étranger verra ses droits en suspens pendant trente années, tandis que si, dans une convention, il s'était exposé au péril, il serait, au bout de dix ans à l'abri de tout désastre ! Un résultat aussi choquant n'est pas fait pour recommander l'opinion de nos adversaires.

34. — Il n'y a qu'à se bien pénétrer de l'objet précis de l'article 1304 pour y découvrir, lumineuse, la théorie de la loi. Elle ne s'y propose pas d'apporter une dérogation au droit commun de la prescription ; elle veut régler le sort d'actions que le droit commun ne reconnaît pas, de ces restitutions qu'elle accorde comme un adoucissement au droit pur, comme une faveur. Et c'est uniquement à cause de leur caractère exceptionnel, qu'elle fixe à dix ans la durée de ces restitutions. Au-delà, la protection de quelques-uns tournerait au préjudice du plus grand nombre, le crédit public serait trop gravement compromis, la société tout entière souffrirait. Or, qu'il s'agisse d'une convention ou d'un acte unilatéral, le caractère de l'action est le même ; c'est toujours une restitution ; sa durée ne peut donc être plus longue que dix ans. Qu'il s'agisse d'un contrat ou d'un acte, la protection des individus ne peut être différemment comprise ; l'incapacité, les vices du consentement sont les mêmes, et se comportent toujours de la même façon ; aussi, le Code n'a-t-il exposé qu'une seule fois la théorie des vices du consentement, dans les articles 1109 et suivants ; et cependant personne n'hésite à la généraliser de la manière la plus absolue, à l'appliquer à tous les actes juridiques qui ont leur fondement dans une manifestation même unilatérale de volonté. A moins de supposer au législateur deux poids et deux mesures, il est impossible de ne pas reconnaître dans l'article 1304 la continuation et l'achèvement de cette théorie, de ne pas donner à notre article la même portée, la même étendue d'application.

C'est si bien l'interprétation qu'il convient de lui donner qu'à trois reprises la loi y emploie le mot

acte, lorsqu'il s'agit de fixer le point de départ des dix ans. Il semble donc que tous les doutes devraient disparaître. Il n'en est rien, et l'on écarte les dispositions finales de l'article, en alléguant qu'elles sont impuissantes à modifier le principe, posé au premier alinéa.

Non, c'est bien pour traduire leur réelle pensée que les rédacteurs ont employé le mot *acte* dans l'article 1304, et nos adversaires font trop bon marché du texte. Admettons pour un instant que le mot *convention* du premier alinéa soit placé là intentionnellement; s'ensuit-il que ce soit pour consacrer une réforme dont il n'y a nulle part la moindre trace? Nullement; il serait naturel que les rédacteurs eussent d'abord songé aux conventions, puisqu'ils présentaient la nullité comme un mode d'extinction des conventions (1); ils se servent ensuite d'expressions plus larges, et leur théorie se dessine dans toute son ampleur. Bigot-Préameneu suit pas à pas dans ses développements le cadre tracé par l'article 1304 et se sert, lui aussi, à diverses reprises du mot *acte*; c'est donc à tort qu'on a prétendu ne pas trouver cette expression dans les travaux préparatoires. Jaubert (loc. cit.) parle d'*actes faussement qualifiés de contrats*. N'y a-t-il pas une apparente contradiction dans le rapprochement de ces deux termes, et n'est-ce pas l'indice que les expressions ne sont pas, comme on nous l'assure, rigoureusement pesées.

D'ailleurs, le mot *convention* n'a pas été mis au début de l'article 1304 pour exclure de son application les actes unilatéraux; il n'a été employé que

(1) Voir Bigot-Préameneu, Locré, 12, p. 389.

pour remplacer par une formule générale l'énumération du texte proposé par le Tribunal de cassation, et ce texte s'appliquait assurément aux actes aussi bien qu'aux contrats, comme l'ancienne action en rescision. Et Jaubert a pu dire, sans rien exagérer, puisque les principes du droit nouveau étaient identiques : « C'est d'après la sagesse de nos anciennes maximes que le temps de la restitution *restera* limité. »

Ainsi, l'article 1304 ne se restreint pas aux actes formés par le concours de deux volontés, et dont on peut dire qu'ils sont une convention au sens large ; il s'applique également à tous les actes juridiques, quels qu'ils soient, qui ont leur fondement dans une manifestation même unilatérale de volonté. La seule condition exigée pour que l'article 1304 s'applique, c'est qu'il s'agisse d'une restitution.

CHAPITRE QUATRIÈME

NATURE DU DÉLAI PRÉVU DANS L'ART. 1304

35. — L'action en nullité ou en rescision doit être intentée dans un certain délai. Ce délai est ordinairement de 10 années ; il est quelquefois moindre (a. 1304). Dans tous les cas, à l'expiration du temps fixé, la partie qui a profité de l'acte annulable sera libérée ; son obligation de restituer aura pris fin ; l'action à laquelle elle était exposée sera éteinte. C'est bien là le résultat habituel de la prescription qui, suivant la définition de l'art. 2219 est un moyen de se libérer par un laps de temps. Aussi avons-nous jusqu'ici employé le mot de prescription pour qualifier le délai de l'art. 1304. Cependant tous les auteurs n'ont pas cette manière de voir, et un grave dissentiment s'élève sur la nature de ce délai.

36. — En effet, si dans un sens très-large le mot de prescription est le terme général pour désigner le temps qui éteint une action, dans un sens plus précis, on réserve ce nom aux délais qui suivent toutes les règles tracées aux art. 2219 et s. ; et l'on appelle délais

préfix ceux qui échappent à l'application de plusieurs de ces règles, notamment de celles contenues dans les art. 2242 à 2260 : ils ne sont jamais prolongés par les suspensions et par les interruptions qui menacent toutes les prescriptions.

On a soutenu que le délai de l'art. 1304 est un délai préfix et qu'en conséquence les 10 ans ne peuvent être ni suspendus ni interrompus.

Le Code n'a nulle part donné de théorie générale sur la distinction entre la prescription et le délai préfix ; les auteurs ne fournissent pas non plus sur cette question des explications satisfaisantes. Dans quelques cas particuliers, comme aux art. 1663, 1676, 2278, la loi s'explique et fait exception aux art. 2242 et s. Néanmoins il ne faut pas croire que, dans le silence de la loi, on doive toujours appliquer les règles de suspension et d'interruption : il y a des délais qu'aucune cause ne peut augmenter et dont l'expiration entraîne fatalement une déchéance ; ainsi la révocation d'une donation pour cause d'ingratitude doit se demander dans l'année de la connaissance du délit (art. 957) et si, dans cette année même, le donateur vient à être interdit, ou si, décédant, il a pour héritier un mineur, la prescription d'un an n'est pas suspendue. Il en est de même de l'action en désaveu de paternité, et des hypothèses prévues aux art. 1622, 1648, 1854 du Code civil, à l'art. 444 du Code de procédure. On ne peut donc se fonder sur le silence de la loi pour repousser par une fin de non-recevoir l'opinion qui voit un délai préfix dans l'art. 1304.

37. — Avant d'entreprendre l'exposé de la controverse, il faut bien définir le débat et le restreindre aux limites exactes où il doit se renfermer. Dans quelle

mesure peut-on songer à appliquer à notre cas les art. 2242 et suivants. ?

38. — La question se posera rarement pour les interruptions, car la nature du droit à exercer ne permet pas d'interrompre la prescription par tous les moyens énumérés au Code. Ainsi il n'y aura pas d'interruption naturelle puisqu'il ne s'agit pas de l'usucapion. Il n'y aura pas davantage interruption à la suite d'un commandement ou d'une saisie, car tant que l'action en nullité n'a pas été exercée et n'a pas réussi, la partie à laquelle cette action appartient n'a pas de titre exécutoire. Une prescription s'interrompt encore par la reconnaissance de celui au profit de qui elle court, art. 2248. La partie exposée où l'action en nullité peut certainement reconnaître que la convention est nulle; mais cette reconnaissance rendrait inutile la demande et produirait en quelque sorte l'effet d'un jugement de nullité.

Enfin, un dernier mode d'interruption est la citation en justice (art. 2244). On a coutume de dire, à propos de l'action en nullité, que la citation n'est pas seulement un acte interruptif: c'est l'exercice même du droit. Assurément. Mais ne pourrait-on pas s'exprimer de la même manière à l'occasion des autres actions? Est-ce que la citation n'est pas toujours et partout l'exercice d'un droit? D'ailleurs, quand les auteurs déclarent que l'ajournement est l'exercice de l'action en nullité, ils ne développent pas leur pensée; de leurs explications trop concises, on a conclu que l'interruption n'est pas, dans notre cas, une cause d'interruption; mais, c'est à tort: il y a là confusion ou exagération. En effet, c'est seulement quand le demandeur en nullité donne suite au procès, et le con-

tinue jusqu'au jugement, qu'on peut dire que c'est là l'exercice même du droit. S'il s'en tient à l'ajournement, et ne fait aucun autre acte de procédure, l'ajournement est avant tout un acte interruptif. Il est assez naturel de supposer que l'auteur de la demande ne la poursuit pas : l'art. 2244 fait une supposition analogue; elle se comprend ici tout aussi bien. Sans doute, dans notre cas, on a intérêt à arriver vite à une solution, car les preuves sont fragiles; l'incertitude des droits a besoin d'être dissipée, et elle ne peut l'être que par une décision judiciaire; dans les autres cas au contraire, le droit est souvent incontestable, apparent, et la citation n'a pour but que d'interrompre la prescription courant au profit d'un débiteur insolvable. Mais de cette nuance de fait ne résulte aucune différence juridique et la citation interrompt la prescription de 10 ans comme toutes les autres.

La jurisprudence nous offre plusieurs exemples d'une prescription de dix ans interrompue par une citation en justice qui présuppose certainement l'intention d'exercer l'action en nullité, mais qui, à proprement parler, n'est pas l'exercice même de cette action. Il s'agit d'un acte de cession ou d'abandon de droits successifs, consenti par un cohéritier au profit de ses cohéritiers; cet acte est annulable. Avant l'expiration des dix ans, l'héritier cédant intente contre ses cohéritiers une demande en partage. Plusieurs arrêts ont décidé que c'était là une citation en justice interruptive de la prescription décennale (1).

Du reste, il ne faut pas hésiter à reconnaître que la citation interrompt même les délais préfix, quand

(1) Montpellier, 21 nov. 72, s. 73, 2, 47; Cass., 2 mars 37, D. 37, 1, 280.

elle est l'exercice même du droit. On ne doit pas oublier que, lorsque l'interruption résulte d'une citation, tant que l'instance n'est pas périmée ou prescrite, l'interruption persiste; après péremption ou prescription, l'instance tombe, et avec elle l'acte qui l'a ouverte : il s'ensuit que la prescription est censée n'avoir jamais été interrompue.

Il serait aisé, en dehors de toute controverse, de trouver à appliquer à l'art. 1304 les règles sur l'interruption de la prescription. Nous voulons parler de l'hypothèse prévue à l'art. 2246 : l'assignation devant un juge incompétent n'est pas l'exercice même de l'action en nullité, du moins son exercice régulier. Elle ne dispense pas d'intenter plus tard une nouvelle action et de saisir le Tribunal compétent. Elle aurait néanmoins pour effet certain d'interrompre la prescription et par conséquent de prolonger le délai pour demander la nullité.

39. — Si on peut convenir qu'au point de vue pratique la question des interruptions n'intéresse guère l'art. 1304, il en est tout autrement des suspensions. L'art. 2252 suspend la prescription au profit des mineurs et des interdits; quand c'est le mineur ou l'interdit qui a fait l'acte, l'art. 1304 fixe un point de départ spécial pour l'action qui leur appartient; théoriquement, il n'y a pas suspension; pratiquement, le résultat est le même. Mais un mineur ou un interdit peut succéder à un contractant majeur et capable, titulaire d'une action en nullité; la question de suspension se pose aussi quand le futur demandeur et le futur défendeur sont devenus mari et femme; elle se pose encore si l'action en nullité qui appartient à la femme est de

nature à réfléchir contre le mari. Il faut donc savoir si l'on peut appliquer à l'art. 1304 les règles de suspension, et, le cas échéant, d'interruption.

40. — Toullier (1) a prétendu trouver dans l'article 1304 un délai invariable, un délai préfix, à l'expiration duquel la loi crée une déchéance fatale, analogue aux déchéances qu'elle prononce lors de l'exercice de certaines facultés, par exemple du droit d'appel. Ainsi les dix ans écoulés, l'action est éteinte, quels que soient les événements survenus dans l'intervalle.

L'art. 1304, dit-il, ne contient dans aucune de ses dispositions le mot de prescription, et, ce qui est plus grave, il n'est prononcé qu'une seule fois aux travaux préparatoires ; encore est-ce en des termes assez peu précis, et n'est-il pas permis d'affirmer que l'orateur appliquait bien cette expression au délai même de l'art. 1304 (2). C'est là une présomption sérieuse que ce délai ne doit pas être traité comme une prescription au point de vue de l'interruption et de la suspension.

L'étude attentive de l'art. 1304 va changer cette présomption en certitude. Il retarde le point de départ de l'action pour les actes entachés de dol, d'erreur et de violence, et pour les actes des femmes mariées non autorisées ; cette disposition se comprend, car aucune règle générale du droit n'aurait permis d'y suppléer, si le Code ne s'était pas expliqué. Mais, dans le paragraphe 3, le Code parle des mineurs et des interdits ; il suspend la pres-

1, T. IV, n° 615.

(2) V. Rapport de Jaubert.

cription quant aux actes faits par ces incapables. Si l'art. 1304 n'établit pas un délai préfix, ce paragraphe est inutile et incomplet : l'art. 2252 suffisait pour suspendre la prescription au profit non seulement des interdits ou des mineurs auteurs de l'acte, mais encore de tout mineur ou interdit, devenu, par succession ou autrement, titulaire d'une action en nullité. Comme l'art. 1304 restreint ce qu'il dit aux actes faits par les mineurs ou les interdits eux-mêmes, c'est qu'il entend bien exclure la règle générale. D'ailleurs l'art. 1676 est formel. Et il faut s'en tenir à ces textes, car l'art. 1304 n'est pas au titre de la prescription et il s'agit d'une de ces exceptions prévues à l'art. 2264. Toullier ajoute que sa solution est éminemment favorable au crédit public, et c'est peut-être l'argument auquel il attachait le plus de prix (1).

41. — Malheureusement (V. n° 114), ses arguments sont rien moins que décisifs. Comme le dit fort bien M. Colmet de Santerre (2) : « Il ne suffit pas de qualifier de déchéance l'extinction d'un droit pour la soustraire aux règles de la prescription. » On aboutit autrement à une trop longue durée des actions en nullité; soit, mais c'est une critique générale du système des suspensions et des interruptions. Si l'intérêt public n'a pas fait écarter ce système de la prescription trentenaire, pourquoi l'aurait-il fait écarter de la prescription décennale? Une prescription de dix ans même suspendue ou interrompue sera toujours plus courte qu'une prescription de

(1) En ce sens : Zachariæ, édit. Massé et Vergé, 3, p. 479; Angers, 22 mai, 24; S. 34, 2, 337.

(2) Voir n° 265 *bis*, III à VI.

trente ans, prolongée par ces mêmes causes. M. C. de Santerre fait encore une autre remarque : c'est que les suspensions ont pour but de protéger le mineur contre la négligence du tuteur, le conjoint contre l'influence de son conjoint, et cette négligence, cette influence sont autant à craindre à propos de l'exercice d'un droit qui dure dix ans qu'à propos de tout autre droit.

On objecte l'art. 2264; mais on le détourne de sa vraie signification, en lui faisant dire qu'il écarte des prescriptions spéciales dont il parle toutes les règles générales établies au titre de la prescription. Ces prescriptions ne dérogent au droit commun qu'en ce qui concerne la durée du temps requis pour prescrire; car l'art. 2264 est au chap. V intitulé: du temps requis pour prescrire. Pour tout le reste, elles demeurent soumises aux règles générales.

On invoque l'art. 1676; Mais il semble écrit pour condamner le système Toullier. Si ce système était exact, pour empêcher la suspension dans l'art. 1676, il suffisait au législateur de ne rien dire; loin de là, il a cru devoir exclure par une disposition formelle les causes de suspension: c'est donc que le principe de l'art. 1304 est juste le contraire.

Enfin quand on s'empare des termes de l'art. 1304, on commet une confusion. L'art. 1304 ne se rattache pas à une idée de suspension; il fixe le point de départ d'un délai, ce qui théoriquement est tout autre chose; il s'agit au fond d'une véritable imprescriptibilité temporaire. On ne peut donc en tirer argument au point de vue des suspensions. Puis il s'en faut que la rédaction de l'alinéa 3 soit calculée à dessein, comme on semble le croire. Le texte présenté au Tribunal était conçu en termes très-larges qui n'eussent permis

aucune supposition comme celle de Toullier (1). Le texte actuel fut voté sur la proposition du Tribunal (2) pour éviter certaines confusions tout à fait étrangères à la question qui nous occupe.

Ainsi l'art. 1304 n'est pas écrit pour résoudre cette question. Dès lors il est naturel d'appliquer les règles de droit commun; c'est ce qu'enseignaient du reste tous nos anciens auteurs sur des textes également muets ou bien rédigés d'une façon embarrassante pour leur opinion. Nous avons vu, dans notre introduction, le mot de prescription sans cesse employé; il était universellement reçu que la minorité suspendait cette prescription; et pourtant l'ordonnance de 1535 ne se sert pas du mot prescription; celle de 1510 dit bien que les actions en rescision se prescrivent, mais elle ajoute: par le laps de dix ans continuels. On aurait pu croire qu'au bout de dix ans tout était définitivement consommé: personne ne s'y trompa; continué a un sens tout romain et Thévenot (3) explique que c'est pour indiquer que les jours de fête ne sont ôtés ni les temps d'absence ou vacation; Pothier (4) atteste que jamais cette interprétation ne changea. Il n'y a pas non plus trace de changement dans les travaux préparatoires; il est vrai que le mot prescription n'y est prononcé qu'une seule fois; mais tous les orateurs, Jaubert comme Bigot-Préameneu déclarent formellement que l'art. 1304 reproduit les anciennes doctrines (5).

(1) Voir Fenet, 13, p. 34.

(2) *Ibid*, p. 164.

(3) Liv. 2, tit. 22, p. 373-4.

(4) *Pr. civ.*, p. 5, ch IV, art. 2, § 6.

(5) En ce sens, Aubry et Rau. § 214, n° 9; Demol., 29, n° 131 à 136; Orléans, 7 mai 42, J. P., 42, t. 1, p. 673; Cass., 8 nov. 43 S. 44, 1, 129; Agen, 10 janv. 51; S. 51, 2, 780.

42. — Aucun des arguments invoqués en faveur du système de Toullier ne subsiste : tous ils pèchent par la base et sont ruineux. Les principes, les précédents la confection du texte, tout s'accorde pour faire de l'art. 1304 une véritable prescription. On pourrait encore essayer de soutenir que c'est un délai préfix, en essayant de dégager la théorie légale sur les déchéances fatales et les prescriptions susceptibles de prolongation, et en démontrant que l'art. 1304 se rattache à l'idée de déchéance. Nous ne connaissons que MM. Aubry et Rau qui aient d'une manière générale tenté de résoudre ce problème (1).

Pour les savants auteurs (2) il y a prescription toutes les fois que la loi se place en dehors du droit qu'il s'agit d'éteindre, c'est-à-dire qu'elle prend en considération la négligence du titulaire de ce droit, soit pour le punir, soit en le présumant renonçant. Pour le délai préfix, la loi puise ses motifs dans le droit lui-même : le droit d'agir est restreint parce qu'à raison de sa nature il paraît devoir être ainsi limité.

On a pu dire que cette théorie était plus ingénieuse que vraie ; cependant il nous semble qu'elle est exacte : quand la loi décide que les actions tant réelles que personnelles s'éteignent par trente ans, elle ne peut songer à chacune d'elles en particulier, et se décide sur des considérations absolument générales, et on sait ce qu'elles sont ! car la prescription date de loin : c'est le besoin de ne pas laisser les droits indéfiniment incertains ; c'est la nécessité de consolider en droit les situations qui en fait ont duré de longues années ; c'est l'intérêt public, supérieur aux intérêts individuels.

(1) Pour les délais de procédure, voir Jaccoton, *Rev. du Droit français et étranger*, 1850.

(2) § 771, 4°.

Quand la loi déclare une action éteinte par un délai moindre que trente ans, elle peut ne s'inspirer que des motifs communs à toutes les prescriptions, mais qui, en raison des circonstances, prennent, dans un cas donné, une importance plus grande. C'est ce qui, à notre avis, arrive pour l'art. 1304. Pour réduire le délai à dix années, la loi n'a pas de motif spécial et distinct; seulement elle est davantage frappée des nécessités pratiques. Au contraire, il est certains droits dangereux, dont il faut se servir avec réserve, qu'il faut savoir manier avec souplesse et tact, pour que l'usage en soit inoffensif et utile; la loi décide alors que ces droits auront une existence aussi brève que possible: elle mesure leur durée aux troubles qu'ils peuvent amener. Mais elle est surtout guidée par des raisons étrangères aux motifs ordinaires des prescriptions. Ainsi dans l'art. 2275, il s'agit d'un paiement présumé: l'art. 2277 a une origine bien connue, la nécessité d'empêcher les arrérages et revenus de s'accroître jusqu'à dépasser le capital, etc.

Nous dirons donc qu'il y a délai préfix quand la raison déterminante de la loi est différente des motifs qui forment le fondement et l'origine de toute prescription.

Si cette formule est exacte, nous sommes à l'aise, dans notre théorie, pour affirmer que l'art. 1304 n'établit pas un délai préfix. Si nous l'avions fait reposer sur une idée de confirmation nous serions bien embarrassés, car cette confirmation présumée rentrerait assurément dans notre formule du délai préfix. Mais, pour nous, l'art. 1304 est directement inspiré des nécessités sociales de certitude des droits et de crédit public; c'est cela même que le prêteur romain prenait en considération quand il limitait à une courte durée

les actions qu'il accordait; or, on sait que cette pratique du préteur est l'origine première de la prescription; on sait aussi quels liens étroits rattachent l'art. 1304 aux usages prétoriens. On peut donc dire que cet article repose sur les motifs communs à toute prescription; mais le législateur en a été plus vivement frappé, parce qu'il s'agit d'actions qui sont en dehors du droit commun, parce qu'il s'agit de restitutions.

CHAPITRE CINQUIÈME

POINT DE DÉPART DE LA PRESCRIPTION DE L'ART. 1304

43. — Il ne nous reste plus qu'à fixer le point de départ de cette prescription.

Dans l'art. 1304, la loi ne donne que des solutions d'espèce, mais ne pose pas de règle générale. Cependant, et bien que dans tous les cas prévus, il y ait un autre point de départ, on s'accorde à reconnaître qu'en principe les 10 ans courent du jour même de l'acte (1). C'est ce qui ressort en effet par argument *a contrario* de la formule même de l'art. 1304, formule qui paraît bien n'indiquer que des exceptions ; c'est aussi la solution la plus conforme à l'esprit de la loi ; c'est enfin la règle bien certaine de notre ancien droit (2).

(1) Aubry et Rau, § 339, t. et n° 30 ; Laromb, 1304, n° 19.

(2) L'ordonnance de 1510 était formelle : « Toutes rescissions de contrats... se prescrivent par le laps de dix ans continuels, à compter que lesdits contrats... auront été faits. » Le Tribunal de Cassation, dans la rédaction qu'il proposa de substituer aux articles du projet, n'était pas moins formel. Après avoir énuméré les cas qui sont aujourd'hui exceptés de la règle, il ajoute : « Et pour toutes autres personnes, le délai court du jour de la convention. »

On peut encore invoquer les motifs qui ont fait écrire l'art. 1304 : s'il s'agit, comme on le prétend, d'une confirmation présumée, le délai doit commencer à courir aussitôt que la confirmation est possible ; or, elle est ordinairement possible dès que l'acte est accompli, et ce n'est que par suite d'obstacles particulier qu'elle est retardée.

Dans notre théorie, voici comment on peut raisonner : par dérogation au droit pur, la loi permet de rétracter un consentement imprudemment donné ; mais elle n'accorde cette faveur que pour un temps strictement limité. Or, rien n'empêche que cette rétractation ait immédiatement lieu ; ou, du moins, si des obstacles existent, la loi ne s'en soucie pas plus ici qu'à l'occasion des autres prescriptions. L'action accordée par elle doit donc commencer immédiatement à se prescrire. Dans un petit nombre d'hypothèses, les plus usuelles à vrai dire, le fait même que la loi prend en considération pour autoriser la restitution est précisément l'obstacle qui empêche l'intéressé d'agir : la loi tient compte de cette coïncidence, et recule le point de départ du délai, pour que la protection qu'elle accorde soit une protection sérieusement efficace ; mais comme c'est une nouvelle faveur, on ne peut l'étendre au delà des cas expressément désignés.

44. — La vérité est que la restitution peut être considérée soit comme un moyen de protection en faveur de certaines personnes, soit comme une action dérogeant au droit commun ; au premier cas, on tend à l'organiser de manière à rendre sérieuse et efficace la protection qu'on décrète ; au second cas, on n'a qu'un but : rentrer au plus vite dans le droit commun. La loi, un peu inconsidérément peut-être, s'est placée tan-

tôt à l'un, tantôt à l'autre de ces points de vue. De là, des décisions qui, comparées les unes aux autres, sont souvent inconciliables et semblent injustes, mais qui, prises isolément, s'expliquent à merveille et sont incontestablement justes (v. n^{os} 111 et 121).

45. — Ainsi, la règle est que l'action en nullité ou en rescision commence à se prescrire du jour même de l'acte. Quant aux exceptions, elles aboutissent en définitive à créer pendant un certain temps une véritable imprescriptibilité. En effet, la prescription ne peut commencer à courir avant l'époque assignée pour son point de départ initial : jusque-là, il n'y a donc pas de prescription possible ; d'ailleurs, l'art. 1560 confirme l'exactitude de cette manière de voir.

46. — Si l'acte annulable est pur et simple, la règle s'applique sans difficulté ; mais s'il a été fait sous un terme ou sous une condition suspensive, ne faut-il pas décider, conformément à l'art. 2257, que la prescription ne court que de l'échéance du terme ou de l'évènement de la condition ? On l'a soutenu, en alléguant que l'art. 2257 établit une règle de suspension et qu'en conséquence il régit notre délai qui n'est pas un délai préfix. Mais cette opinion nous paraît inexacte. L'art. 2257 établit une imprescriptibilité temporaire (1) : or, l'art. 1304 déroge au droit commun de la prescription à deux points de vue : il réduit le délai et prévoit des règles spéciales d'imprescriptibilité. L'art. 2264 nous permet donc d'écarter l'art. 2257. Cette solution est en parfaite concordance avec les motifs de la loi. L'acte est à terme ou conditionnel : qu'importe ? On a

(1) Aubry et Rau, § 213, n^o 1.

dès aujourd'hui la possibilité de le rétracter. C'est donc immédiatement que le délai doit courir (1).

47. — Nous connaissons la règle : étudions maintenant en détail les exceptions qui, il faut bien le reconnaître, dépassent en nombre et en importance les cas compris dans la règle.

48. — Voici comment le législateur s'exprime à propos des vices du consentement : « Ce temps ne court dans le cas de violence que du jour où elle a cessé ; dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts. » La solution est simple en elle-même, mais il y a une grave question de preuve. Le demandeur en nullité doit-il prouver qu'il a découvert le vice depuis moins de dix ans, ou bien est-ce à la partie qui invoque la prescription de prouver que plus de dix ans se sont écoulés depuis la découverte du dol, depuis la cessation de la violence ? A première vue, il semble que la preuve incombe à ce dernier : il invoque la prescription : il doit montrer qu'elle est accomplie : *reus in excipiendo fit actor*. Mais on se heurte à une objection toute puissante : mettre la preuve à la charge du défendeur, c'est le forcer indirectement, dans la plupart des cas du moins, à confesser le vice qu'il nie probablement : il ne pourrait prouver que la violence a cessé sans reconnaître qu'il y a eu violence. D'ailleurs, il y a là une confusion. A la demande en nullité, le défendeur répond qu'il y a prescription : et il le prouve en démontrant que dix ans se sont écoulés depuis la conclusion de l'acte ; le demandeur réplique que tel fait a empêché la prescription de courir, mais c'est à lui

(1) Voir Demol., 29, n° 163.

de le prouver. Cette preuve est susceptible d'être faite par témoins ou à l'aide de simples présomptions : il n'est pas non plus nécessaire que l'existence du vice soit préjudiciellement établie. Le juge peut, à l'aide des faits déjà constants, déterminer l'époque probable de la découverte du dol et rejeter en conséquence l'exception de prescription, tout en ordonnant une enquête sur la preuve du vice même (1).

49. — Les dix ans ne courent, à l'égard des actes faits par les mineurs, que du jour de la majorité, quand même il s'agirait d'un mineur émancipé; mais ils courent du jour du décès, si l'auteur de l'acte décède en minorité.

50. — Ils ne courent, à l'égard des actes faits par l'interdit, que du jour où l'interdiction est levée; ils ne courent également que de cette époque, lorsqu'il s'agit d'actes antérieurs à l'interdiction, et attaqués en vertu de l'article 503, car il n'y a d'action que lorsque et si l'interdiction est prononcée; d'ailleurs, à ce moment la prescription est suspendue (art. 2252), ce qui équivaldrait, en tout cas, à l'application de cette partie de l'article 1304 (2).

L'article 1304 s'applique, à notre avis, aux actes passés par un individu pourvu d'un conseil judiciaire, car l'article 502 le comprend dans sa formule; c'est donc du jour où son incapacité est levée que les dix ans courent contre lui. On objecte que dans l'article 1304, il s'agit d'une suspension, et que la prescription n'est pas suspendue au profit du pourvu. Nous avons réfuté par avance cette doctrine,

(1) Aubry et Rau, § 339, n° 38; Paris, 22 juillet 53; S. 54, 2, 49.

(2) Chambéry, 19 janvier 86; S. 88, 2 16.

en montrant que la règle de l'article 1304 est une règle d'imprescriptibilité. (Contrà : Baudry-Lacantinerie, 3, n° 1166.)

51. — A l'égard de la personne non interdite placée dans une maison d'aliénés, et que la loi de 1838 soumet à l'article 1304, les 10 ans ne courent que du jour où l'aliéné, redevenu *mentis compos* et rendu à la liberté, a connaissance de l'acte par une signification ou autrement (1) ; les 10 ans ne courent à l'égard de ses héritiers qu'à dater de la signification qui leur en a été faite ou de la connaissance qu'ils en ont eue depuis la mort de leur auteur. Lorsque les 10 ans ont commencé de courir contre l'aliéné, ils continuent de courir contre ses héritiers (2).

La loi de 1838 expose à une difficulté qui ne pouvait se présenter sous le Code civil. Qu'arrive-t-il, si l'aliéné rendu à la liberté reçoit signification d'un acte accompli durant son internement, et qu'ensuite il retombe malade et se voit de nouveau interné ? On décide que les tribunaux ont toute latitude pour déclarer que la signification était frauduleuse, et qu'ainsi la prescription n'a pu commencer à courir. S'ils la valident, le délai court malgré l'internement, car la prescription n'est suspendue qu'au profit des interdits.

52. — Dans l'art. 1304, le point de départ du délai est la main-levée de l'interdiction ou le décès de l'incapable ; or l'ancien interdit peut ignorer l'acte qu'il a souscrit en pleine maladie ; ses héritiers peuvent aussi l'ignorer. On conçoit donc l'innovation de la loi de 1838, qui exige une signification faite à l'aliéné

(1) L. 30 juin 1838, a. 39.

(2) *Ibid.*

guéri ou à ses héritiers, ou la preuve de leur connaissance de l'acte. On a coutumé de regarder cette mesure comme plus conforme au principe de l'art. 1304 ; du moment qu'il s'agit d'une confirmation présumée, c'est à la connaissance acquise de l'acte qu'il faut placer le point de départ du délai ; et le législateur de 1838 a bien fait de réparer la méprise ou l'oubli du législateur de 1804 (1).

Il ne nous paraît pas démontré que le législateur de 1804 soit aussi coupable qu'on le prétend. Pour l'interdit même, il convient de distinguer suivant que l'acte a été fait ou non dans un intervalle lucide. S'il a été fait au milieu d'une crise, il n'y a pas de consentement, art. 1108 ; l'acte est inexistant au regard de son auteur, et nous devrions ajouter au regard de tous les intéressés ; mais en présence du motif qui a fait écrire l'art. 502, il est impossible d'admettre les tiers à invoquer l'inexistence de l'acte. La loi craint que l'aliéné ne puisse établir qu'au moment où il consentait tel acte, il était hors d'état de consentir, en raison de son état mental ; elle crée à son profit une incapacité civile qui lui permet de faire annuler tous ses actes, même ceux qu'en fait il a consentis ; mais faut-il retourner contre lui cette protection et lui défendre d'essayer, s'il veut, de prouver son défaut de consentement au moment de l'acte ? Nous ne le pensons pas. Il faut s'incliner devant la volonté formelle de la loi pour rejeter l'action des tiers ; mais, au regard de l'interdit, cette volonté n'est plus certaine, et il faut

(1) Il n'apparaît pas dans la discussion de la loi que ce changement ait été intentionnel ; il y est répété à plusieurs reprises, qu'au point de vue du point de départ des dix ans, l'art. 39 reproduit simplement la règle de l'art. 1304, concernant les actes de l'interdit. — (*Moniteur Universel*, 1838 : 1^{er} sem., p. 304, 928 et 929.)

s'en tenir à la réalité : où il n'y a rien, personne ne peut rien prétendre (1).

L'interdit pourra donc se placer sur le terrain du droit commun, dire à celui qui après 10 ans vient lui demander l'exécution d'une promesse : « je n'ai rien promis. » C'est une question de fait que celle de savoir si l'interdit a donné un consentement : le juge peut ici se décider sur de simples présomptions ; les présomptions en faveur du non consentement sont graves : la longue attente du demandeur est suspecte et la longue inaction de l'interdit n'est pas moins significative : car ces malades ont le plus souvent un souvenir précis de ce qu'ils ont fait dans leurs intervalles lucides, et si l'interdit ignore l'acte qu'il a consenti, et laisse passer 10 ans sans en réclamer l'annulation, c'est apparemment qu'il l'a souscrit dans un moment de crise.

Dès lors, la loi pouvait décider comme elle a fait dans l'art. 1304 sans mériter les reproches qu'on lui adresse : ou l'interdit n'a pas donné de consentement, et sa promesse est non avenue : il est à l'abri de toute prescription, même acquisitive, à cause de l'art. 2252; — ou il a donné un consentement, et c'est une faveur, justifiée sans doute, de lui donner une action pour rétracter ses actes, mais il est naturel que la loi fasse prescrire cette action, dès la main-levée de l'interdiction.

Le cas de l'interdit n'est pas le seul où l'on pourrait accuser la loi d'avoir oublié ses principes. Les héritiers d'un mineur décédé mineur ou d'une femme mariée, dont la mort cause la dissolution du mariage,

(1) Voir Glasson, *Eléments de Droit français*, 1, p. 98. — M. Bufnoir à son cours.

peuvent ignorer l'acte souscrit par leur auteur, et cependant la prescription court contre eux. Ces exemples prouvent que la loi n'attache pas une grande importance à l'idée de confirmation. Elle ne considère que les incapables eux-mêmes, et prend un moindre souci de leurs héritiers. Elle présume que ces incapables à cause de leur faiblesse, de leur état d'esprit, de leur dépendance, ne peuvent en toute liberté et avec chance de réel succès, s'occuper de leurs intérêts : mais les héritiers majeurs d'une femme mariée ou d'un mineur, l'interdit revenu à la raison ont tous les moyens de pourvoir à leur sûreté ; ils savent que des actes annulables ont pu être accomplis ; c'est à eux d'être diligents, de savoir les découvrir, pour profiter de l'action que la loi leur concède ; mais il est naturel et juste qu'elle fasse courir la prescription, dès que leur droit est né.

53. — Un parti important de la doctrine applique la loi de 1838 aux interdits placés dans une maison d'aliénés : les 10 ans ne courent contre eux que du jour où, après guérison, ils ont connu l'acte par une signification ou autrement. On prétend, en effet, que l'art. 39 § 2 fixe le point de départ des 10 ans à l'égard de la personne internée, sans distinguer si elle est interdite ou non (1). Pour nous, de deux choses l'une : ou l'interdit invoque l'art. 502, et alors le point de départ fixé à l'art. 1304 s'impose ; ou bien, il invoque la loi de 1838, et le point de départ spécial de cette loi s'applique (2).

(1) Demol., 29. n° 160.

(2) M. Bufnoir, à son cours ; Laromb., 1304, n° 24. — Il y a des aliénés qui ne sont ni interdits ni internés. Quel est à leur égard le point de départ de la prescription ; M. Larombière (1304, n° 25) compte les dix ans du jour de l'acte ;

54. — Il ne nous reste plus qu'à parler de l'exception relative à la femme mariée.

Une femme mariée, régulièrement autorisée, peut contracter par erreur, dol ou violence : l'action en nullité court contre elle pendant le mariage, à moins que cette action ne doive réfléchir contre le mari.

Quand une femme mariée a fait sans autorisation un acte excédant les bornes de sa capacité, elle a une action en nullité qui dure dix ans et dont la prescription part de la dissolution du mariage ; l'art. 1304 est formel à cet égard, et cette solution est en parfaite harmonie avec les autres décisions du texte : l'action donnée à un incapable contre les actes souscrits en état d'incapacité ne commence à se prescrire que du jour où l'incapacité a cessé : tant que le mariage n'est pas dissous et que la femme ne peut agir sans autorisation, elle n'a pas une pleine liberté d'intenter son action, et la loi qui lui accorde une faveur ne veut pas la lui retirer avant qu'elle ait eu la faculté d'en jouir.

Mais la femme n'est pas la seule qui puisse invoquer la nullité de ses actes : l'action appartient également au mari. Est-ce qu'à l'égard du mari, cette action est susceptible de se prescrire, et si elle l'est, à partir de quelle époque ?

Pour nous, l'action du mari n'a jamais pour fondement un droit à lui propre ; il l'exerce comme chef du ménage, mais au nom de sa femme ; la vérité est que

MM. Aubry et Rau (§ 339 t. et n° 35) les comptent de la cessation de la démence, parce qu'on ne peut admettre qu'il y ait moins de protection pour la démence que pour l'erreur et le dol. La vérité est que nulle part la loi ne fait de la démence un vice du consentement. En cas de folie, il n'y a pas de consentement, il n'y a pas d'acte (art. 1108), et l'art. 1304 est hors de cause (Demol., 29, n° 161).

cette action lui est accordée comme moyen de protection plus grande pour la femme et les héritiers de la femme (1). Il n'y a qu'une seule et unique action; donc bien qu'elle ait deux titulaires et que chacun en ait, indépendamment de l'autre, le libre exercice, il ne saurait y avoir qu'une seule prescription. Or, l'art. 1304 établit une imprescriptibilité pour cette action; tant que le mariage dure, elle est imprescriptible. Mais le mari ne peut agir qu'en qualité de mari; son droit s'éteint à la dissolution du mariage; il ne faut donc jamais parler de prescription quant à l'action du mari (2).

(1) C'est ainsi qu'un arrêt refuse au mari le droit d'attaquer l'acte fait par sa femme non autorisée, quand celle-ci est à cet égard sans aucun intérêt. « La faculté que la loi confère au mari de proposer la nullité est moins relative à ses propres intérêts qu'à ceux de la femme. » — Besançon, 29 germ. an XII; Dalloz, 10, 150.

(2) Ceux qui reconnaissent au mari une action à lui propre décident que cette action est prescriptible; mais il y a controverse sur le point de départ de la prescription. Les uns disent que les dix ans courent de la dissolution du mariage, car l'art. 1304 ne distingue pas l'action du mari de l'action de la femme; et cela ce conçoit: on a tenu compte des ménagements qui s'imposent entre époux (Montpellier, 27, avril. 31, S. 32, 2, 77; Aubry et Rau, § 339, t. et n° 33; Demol., 29, n° 150). D'autres raisonnent ainsi: La femme ne peut valablement confirmer qu'après la dissolution du mariage; mais le mari est libre de renoncer à son action durant le mariage; c'est pourquoi l'article 1304 ne parle que de l'action de la femme, comme on peut s'en convaincre par les travaux préparatoires. (Bigot-Préameu : Locré, 12, p. 390; Mouricault, *Ibid*, p. 580; Jaubert, *Ibid*, p. 493). L'action du mari reste donc sous l'empire de la règle, c'est-à-dire qu'elle se prescrit dès que l'acte est conclu; néanmoins, un grand nombre d'auteurs, pour obéir au principe de confirmation supposé dans l'art. 1304, placent le point de départ de la prescription au jour où le mari a eu connaissance de l'acte (Mourlon, 2, n° 1491). C'est assurément inexact.

CHAPITRE SIXIÈME

APPLICATION PRATIQUE DE L'ART. 1304

§ I. — Des actes qui ne sont pas soumis à la règle de l'art. 1304.

55. — L'art. 1304 ne s'applique qu'aux actions qui sont des restitutions. En conséquence, il faut exclure de son domaine :

1.) Toute action en nullité d'un acte concernant l'état des personnes. En effet, l'idée même de restitution suppose que pour régler le sort de l'acte nul la loi prend en considération l'intérêt particulier de certains individus; or, pour tout ce qui touche à l'état des personnes, la loi ne se décide jamais par la considération des individus, mais seulement par des nécessités d'intérêt général et d'ordre public (1).

2.) Toute action qui n'est point intentée par une des parties ou de son chef : car pour être restitué, il faut avoir consenti. Ainsi n'est pas soumise à la prescription décennale l'action des ayants cause qui

(1) Aubry et Rau, § 339 t. et n° 17.

agissent en vertu d'un droit propre. D'ailleurs, à l'égard des tiers, quels qu'ils soient, il s'agira moins d'une nullité proprement dite que d'une simple inopposabilité. C'est ce qui arrive au cas de l'action paulienne : le créancier poursuit directement ses droits sur le patrimoine de son débiteur tel qu'il se comportait avant les actes faits en fraude de sa créance et qui pour cette raison ne lui sont pas opposables ; mais ces actes pris en eux-mêmes sont parfaitement valables (1).

3.) Toute action intentée même par une des parties, si cette partie peut se soustraire aux conséquences d'un acte consenti par elle, non par dérogation aux principes rigoureusement interprétés, mais au contraire par application stricte de ces principes.

Ainsi l'art. 1304 ne s'applique ni à l'action en résolution d'une vente pour défaut de paiement du prix (art. 1654) ni à la révocation d'une donation pour cause d'inexécution des charges (art. 953), ni à l'action en rectification de compte (2).

Mais dans le plus grand nombre des cas, la solution n'est pas aussi apparente. Parcourons donc les espèces.

56. — *a.* Un acte qualifié vente n'est en réalité qu'un contrat pignoratif ou une antichrèse. Un arrêt (3), par application de l'art. 1304, refuse au vendeur supposé le droit de faire déclarer la simulation, si dix ans se sont écoulés depuis qu'il a su que son cocontractant ne voulait pas exécuter les conventions réelles. Cependant l'art. 1304 n'a rien à

(1) Aubry et Rau, § 339 t. et n° 20.

(2) Aubry et Rau, § 339 t. et n. 21 et 22.

(3) Limoges, 2 août 39, S. 40, 2, 62.

faire ici. Le demandeur ne prétend pas rétracter une vente qu'il aurait consentie ; non, ce qu'il a consenti, c'est une antichrèse, et voilà seulement ce qu'il veut établir. Son action n'est donc pas une restitution au sens de notre article. D'ailleurs, les tiers ne courent aucun danger à cause de l'art. 1321 et l'adversaire n'a pas besoin d'être protégé. — En généralisant, on peut dire que l'art. 1304 est étranger à toute action en déclaration de simulation (1).

57. — *b.* Il est défendu (art. 1596) : 1.) Au tuteur d'acheter les biens de son pupille ; 2.) Aux mandataires d'acheter les biens qu'ils sont chargés de vendre pour leurs commettants ; 3.) Aux administrateurs d'une commune ou d'un établissement public d'acheter les biens confiés à leur administration ; 4.) Aux officiers ou fonctionnaires publics d'acheter les biens nationaux dont la vente se fait par leur ministère ; 5.) Aux avoués de se rendre adjudicataires pour eux-mêmes des biens dont il sont chargés de poursuivre la vente judiciaire (art. 711 Pr.) (2).

L'acte fait au mépris de ces défenses est-il inexistant ? Non, car il n'y a ni absence de consentement, ni défaut d'objet, ni cause illicite. Est-il donc annulable ? C'est l'opinion commune. Ces prohibitions visent en effet les incapables dont parle l'art. 1124 in f. Sans doute, au rebours de ce qui se passe d'ordinaire, l'incapacité n'a point ici pour objet la protection de l'incapable ; il s'agit au contraire de protéger contre lui les personnes qu'il représente.

(1) Aubry et Rau, § 339, t. et n. 28 ; Poitiers, 18 juillet 38 ; S., 38, 2, 391. — Projet de Code civ. allem. Bulet. de la Société de lég. comp., fév. 89.

(2) Voir Aubry et Rau, § 351, t. et n. 7, 14, 15.

Mais qu'importe? Ces personnes qui peuvent seules réclamer l'annulation de la vente, peuvent aussi la confirmer et la tenir pour bonne; si elles laissent passer dix ans, leur silence sera présumé être une confirmation (1). On invoque en faveur de cette opinion, la généralité des termes de l'art. 1304(2); d'ailleurs puisque cet article s'applique aux hypothèses prévues par les trois premiers alinéas de l'art. 1124, il doit aussi régir celle du quatrième. Il resterait à déterminer le point de départ des dix ans. On le place assez communément au jour où l'acquéreur cesse d'être le représentant de l'aliénateur, ce qui, dit-on, est imposé par l'idée de confirmation; et pourtant il faudrait le placer au jour du contrat, si l'on respectait le principe posé à l'art. 1304 (3).

Pour nous, sans entrer dans des détails et des distinctions qui sortiraient de notre sujet, nous croyons qu'en la plupart des cas visés l'acquisition du représentant est en soi parfaitement valable et qu'elle est simplement inopposable aux personnes dans l'intérêt desquelles l'incapacité de ce représentant est édictée. (V. n° 16.) Il ne s'agit ni de nullité, ni d'annulabilité, mais d'inopposabilité. Il n'y a aucune idée de restitution dans l'action accor-

(1) Demol., 29, n° 70. — Massé et Vergé, sur Zachariæ, 3, p. 478, disent trente ans.

(2) *Arg. des mots* : dans tous les cas.

(3) Deux arrêts de cassation, 20 nov. 77 (S., 78, 1, 22, et 16 août 31 (S., 31, 1, 404), décident que l'action en nullité ouverte par l'art. 1596 se prescrit par dix ans, à compter du jour même de la passation de l'acte de vente, quand le mandataire s'est directement et ouvertement rendu acquéreur du bien qu'il était chargé de vendre; si dans le but de se soustraire à la prohibition de la loi, il a eu recours à une personne interposée, les dix ans ne commencent à courir que du jour où le mandant a découvert la simulation frauduleuse. C'est, disent les arrêts, que pour confirmer l'acte annulable, il faut le connaître.

dée au propriétaire du bien aliéné : L'art. 1304 n'a donc rien à faire dans toutes ces hypothèses. Il ne peut être question que d'une prescription acquisitive au profit de l'acquéreur ; et cette prescription commence à courir dès qu'il est entré en possession, s'il n'y a, comme au cas prévu par l'art. 1596 n° 1, une cause de suspension, ou bien si, comme il doit souvent arriver au cas de mandat, la possession n'est affectée du vice de précarité.

58. — *c.* Il s'agit encore d'inopposabilité, et partant l'art. 1304 est également inapplicable au cas de gestion d'affaires, soit qu'un tiers ait spontanément géré l'affaire d'autrui, soit qu'un mandataire ait excédé les pouvoirs qu'il tenait de son commettant. — De même la vente d'un immeuble faite après la transcription de la saisie est nulle (art. 686 Pr.) en ce sens qu'elle est inopposable aux intéressés ; mais prise en soi, elle est parfaitement valable : le vendeur et l'acquéreur sont liés (1). — De même, si un commerçant, mis en état de liquidation judiciaire, fait un des actes prévus à l'article 7 de la loi du 4 mars 1889, mais sans observer les formalités prescrites par cet article, l'acte est valable entre les contractants, mais il n'est pas opposable à certains intéressés, par exemple les créanciers de la liquidation.

59. — *d.* L'art. 1597 défend aux juges titulaires ou suppléants, aux membres du ministère public, aux greffiers, huissiers, avoués, avocats et notaires de se rendre cessionnaires des procès, droits et actions litigieux qui sont de la compétence du Tribunal dans le ressort duquel ils exercent leurs fonctions, et

(1) Aubry et Rau, § 351, t. et n. 2 à 5 ; § 209, t. et n. 95 et 96.

ce, à peine de nullité. — Cependant un juge s'est rendu acquéreur de droits litigieux. Combien de temps va durer l'action donnée contre lui ?

D'après M. Larombière (art. 1304, n° 55), l'honneur de la magistrature, l'intérêt supérieur de la justice ont fait édicter l'art. 1597. La cession est absolument inexistante, comme il est facile de s'en convaincre à la lecture du texte, et il ne peut être question de prescription ni de 10 ni de 30 ans. — D'autres (1) voient avant tout dans l'art. 1597 une nullité protectrice en faveur du cédant et du cédé. La cession est simplement annulable à leur profit, et ils n'ont pour agir que 10 ans qui courent même pendant les fonctions du cessionnaire. L'ordonnance de 1629, art. 94, décidait en effet qu'il y avait répétition contre le magistrat coupable « jusque 10 ans après que les jugements ou arrêts ont été rendus ». — MM. Aubry et Rau (2) reconnaissent qu'en l'espèce il s'agit bien d'un vice d'ordre public, mais comme à leur avis ce vice est temporaire et susceptible de confirmation, ils appliquent l'art. 1304. Les 10 ans courent du jour où le cessionnaire a résigné ses fonctions, car ces fonctions s'opposaient seules à la validité de la cession et il n'y a plus alors d'obstacle à une confirmation expresse ou présumée.

Pour nous, il y a deux hypothèses à distinguer : 1° le cédant doit agir en nullité, et son action dure 30 ans. Mais, dira-t-on, que sa volonté fût ou ne fût pas libre, il n'en a pas moins consenti, et s'il peut rétracter son consentement, c'est qu'il y a restitution au sens de l'art. 1304. Non, il s'agit moins de protéger les individus pour eux-mêmes que pour assurer l'intégrité et la dignité de la justice ; notre théorie est

(1) Demol., 29, n° 69 ; Duvergier, Vente, 1, n° 200.

(2) § 337, t. et n. 9 ; § 339, t. et n. 7.

hors de cause. D'autre part, le contrat n'est pas inexistant, puisqu'il s'impose au cessionnaire, il est seulement annulable, mais par exception l'action du cédant se prescrit conformément au droit commun. 2° Quant au cédé, quelle que soit la nature de son droit à écarter la cession, il n'est certainement pas obligé d'agir dans les délais de l'art. 1304, car pour lui, étranger au contrat, il n'y a évidemment pas restitution au sens de cet article. Sa situation rappelle celle que le prêteur romain faisait aux personnes victimes d'une aliénation *judicii mutandi causa factæ* (1). Attaqué, il peut se refuser à plaider contre le juge, attendu que celui-ci est sans qualité. S'il plaide et qu'il triomphe, c'est que la cession ne lui a pas nui : de quoi se plaindrait-il ? S'il perd, il repoussera le cessionnaire victorieux par une sorte d'exception tirée du caractère frauduleux de son acquisition. S'il veut prendre l'offensive, il est lui-même sans qualité pour demander directement l'annulation de la cession, acte auquel il n'a pas participé ; d'ailleurs, il n'y aurait pas d'intérêt ; mais comme nonobstant cette cession, nonobstant même tout jugement obtenu par le cessionnaire, il conserve le droit d'agir contre le cédant, rien ne l'empêche d'actionner ce dernier, pour que la question du droit litigieux soit définitivement tranchée entre eux ; mais il doit se hâter, car le juge peut devenir titulaire légitime de ce droit, soit qu'il résigne ses fonctions et obtienne confirmation de l'acte, soit que la prescription soit accomplie à son profit : il pourrait alors valablement poursuivre le cédé.

Ainsi ce n'est pas la cession que le cédé doit attaquer, c'est le droit litigieux qu'il doit poursuivre con-

(1) Digeste, l. 12, IV, 7.

tre le cédant, et il peut le faire, tant que la prescription de ce droit n'est pas acquise au profit du cédant, ou que la prescription de l'action en nullité de la cession n'est pas acquise au profit du cessionnaire (1).

60. — *e.* Quand une convention n'a point d'objet, elle est inexistante et, en conséquence, il n'y a pas lieu d'appliquer l'art. 1304. C'est le cas d'une vente de choses hors du commerce (art. 1598), de la cession de certaines clientèles, de la cession d'aliments, des conventions sur la transmission des fonctions publiques (2).

La nullité des pactes sur succession future tient également au défaut d'objet, car aux termes de l'art. 1130 une succession non encore ouverte n'est pas un objet susceptible de faire la matière d'un engagement. Il n'y a donc lieu, le cas échéant, que pour une prescription acquisitive (3).

(1) Il semble qu'il y ait un cas où le cédé soit sans armes contre le cessionnaire, c'est lorsque le cédé est en possession du droit litigieux et que le cessionnaire n'agit pas contre lui. On ne peut, en effet, attaquer que si l'on ne possède pas, et par hypothèse le cédé possède; il ne peut faire annuler la cession, et le cessionnaire ne lui fournit pas l'occasion de plaider sur le droit litigieux; on peut croire qu'au bout de 30 ans la nullité de la cession étant prescrite, le cessionnaire sera devenu un adversaire s'imposant au cédé. — Mais alors il n'y a plus de droit litigieux, le cédé est devenu titulaire de ce droit, car la prescription, soit acquisitive, soit extinctive, est accomplie à son profit. 30 ans se sont en effet écoulés depuis la cession, et cette prescription a commencé à courir au plus tard au moment de la cession, toute cause la suspendant, suspendant en même temps la prescription au profit du cessionnaire. Il pourrait cependant arriver qu'un propriétaire apparent n'eût point acquis par prescription : c'est quand on prétend que sa possession est affectée du vice de précarité.

(2) V. Besançon, 29 déc. 75, S. 78, 2, 65; Toulouse, 24 janv. 66., S. 67, 2, 88. Aubry et Rau, § 553; Sirey et Gilbert, Codes annotés sur 1128, n° 1 et suiv..

(3) Comp. Cass., 11 nov. 45, S. 45, 1, 785. Aubry et Rau, §§ 339 t. et n° 4; Demol. 24, n° 243 et 29, n° 57. — Rouen, 23, déc. 1823; Pau, 4 février 1830; Toulouse, 13 avril 31, 18 juillet 34, 16 janvier

C'est encore par rapport à son objet (la série des textes le prouve) et en considérant la chose d'autrui comme étant hors de commerce, que l'art. 1599 déclare nulle la vente de la chose d'autrui. Cette vente est un pur fait destitué de tout effet civil. Le projet primitif portait : « La vente de la chose d'autrui qualifiée telle dans le contrat est nulle et n'est point obligatoire. » Le Tribunal de Limoges demanda si cette vente était si nulle que le vendeur ne fût même pas obligé de rendre le prix reçu. En réponse à cette observation, on modifia le texte proposé et on y inséra ces mots : le vendeur sera toujours obligé à la restitution du prix avec les intérêts. C'est également sur une observation d'un tribunal faite après coup qu'on accorda des dommages-intérêts à l'acheteur de bonne foi ; ces dommages sont fondés sur la faute commise par le vendeur et non sur la garantie qu'il doit ; ils ont été accordés par équité et non pour changer la nature de l'opération (1). La nullité ne peut donc être couverte ni par une prescription de dix ans, ni par une prescription de trente ans ; mais au bout de trente ans, il y a une situation de fait à laquelle on ne peut toucher, car toutes les actions sont éteintes (2).

Cette manière d'interpréter l'art. 1599 n'est pas généralement reçue.

41, S. 31, 2, 330 ; 35, 2, 39 ; 41, 2, 646, déclarent cette nullité susceptible de confirmation lorsque la succession est ouverte, et appliquent l'art. 1304 en fixant cette époque comme point de départ des dix ans. V. aussi en ce sens : Toullier, 7, n° 599 ; Duvergier, *Vente*, 1, n° 230.

(1) Fenet, 2, p. 336, art. 17 ; 4, p. 24 ; 14, p. 6 ; 14, p. 24.

(2) M. Bufnoir à son cours. — Faure, *Rapport du Tribunal* : Loocré, 7, p. 91 ; Grenier, *Discours*, n° 15 : Loocré, 7, p. 109 ; Portalis, *Exposé des motifs*, 7, p. 73 ; Tronchet : Loocré, 7, p. 32. — Leligois, *Revue critique*, t. 35, p. 22, n° 7 ; de Folleville, *Vente de la chose d'autrui*, n° 53.

Cambacérès (1) exprimait à ses collaborateurs la crainte que l'innovation de l'art. 1599 ne suscitât bien des ennuis pratiques ; en effet elle a suscité les opinions les plus diverses. M. Colmet de Santerre y voit une action en résolution, prescriptible par trente ans (2). La majorité des auteurs déclarent la vente simplement annulable ; les uns disent pour incapacité du vendeur ; d'autres pour erreur sur la substance de la part de l'acheteur ; d'autres encore pour erreur de l'acheteur sur la personne du vendeur (3). Pour tous l'action en nullité se prescrit par dix ans du jour où l'acheteur a découvert qu'on lui a vendu la chose d'autrui (4). Il y a là un résultat bizarre ; au bout de dix ans, l'acheteur ne peut plus demander la nullité, mais il ne sera pas toujours devenu propriétaire ; la situation serait alors une vente romaine, car il ne pourrait recourir en garantie que s'il est évincé. MM. Aubry et Rau (5) pour éviter cette bizarrerie font courir la prescription du jour où le vrai propriétaire a ratifié la vente, car, disent-ils, c'est à partir de ce jour seulement que la confirmation est possible.

61 — *f*. Une convention sans cause, sur fausse cause ou sur cause illicite est inexistante. Il n'y a pas, à proprement parler, d'action en nullité et par conséquent l'art. 1304 n'est pas en jeu. Ainsi la prescription décennale ne s'applique ni à l'action en répétition des sommes versées ni à l'action en reprise des biens cédés ni à l'action en réduction du prix convenu en vertu d'un

(1) Fenet, 14, p. 25.

(2) 7, n° 28 *bis*, XVIII.

(3) Baudry-Lacantinerie, 3, n° 504 ; Laurent, 24, n° 103 ; Duvergier, *Vente*, 1, n° 221. Comp. C. de S., 7, 28 *bis*, V.

(4) V. Cass., 23 janv., 32. S. 32, 1, 166. Laurent, 14, n° 118.

(5) § 351, t. et n. 51 et 52.

traité secret relatif à la cession d'un office (1); elle ne s'applique pas non plus à l'action en répétition des sommes versées en vertu d'un contrat usuraire (2).

62. — *g.* Est inexistante toute disposition à titre gratuite: 1° lorsqu'elle est faite par un mineur âgé de moins de seize ans, (art. 903); (s'il s'agit d'un mineur âgé de plus de seize ans et que la disposition soit faite par testament, elle n'est inexistante que pour ce qui excède la quotité fixée à l'art. 904); 2° lorsqu'elle est faite par un individu condamné à une peine afflictive perpétuelle ou à son profit: (3) 3° lorsqu'elle est faite au profit d'une personne non encore conçue au moment de la donation ou au décès du testateur; 4° au profit des enfants naturels (dans la mesure seulement où elle excède la quotité fixée aux art. 757 et suivants); 5° lorsqu'elle est faite au profit des personnes morales non reconnues (pour les personnes reconnues, elle n'a qu'une existence conditionnelle à l'acceptation dans les formes voulues); 6° lorsqu'elle est faite au mépris de l'art. 5 de la loi du 24 mai 1825.

Nous disons que dans toutes ces hypothèses la disposition est inexistante. La transmission des biens à titre gratuit intéresse en effet au plus haut point la société; et il est certains résultats que la loi, pour

(1) Aubry et Rau, § 339, *t.* et n° 25, Demol., 29, n° 54; Cass., 10 fév. 45, et 3 janvier 49. S. 46, 1, 118 et 49, 1, 282; Colmar, 22 août, 60. S. 61, 2, 549. — M. Teyssier-Desfarges applique l'art. 1304. *Revue de Droit français et étranger*, année 1846, p. 608.

(2) Aubry et Rau, *t.* et n° 24; Demol. 29, n° 56; Cass., 16 déc., 51. S. 55, 1, 105. — Chardon, *du Dol*, n° 542 et suiv., distingue de l'action en répétition des sommes versées la demande en nullité du contrat usuraire. Cette demande doit se faire dans les dix ans à partir de la conclusion de l'acte, si l'usure est déguisée, dans les 30 ans si la preuve en est acquise par une clause de l'acte sans qu'il soit besoin d'instruction.

(3) L. 31 Mai 1854, art. 3.

diverses raisons, ne permet pas à la volonté du disposant d'atteindre. Elle ne tient aucun compte des intentions qu'il manifeste et considère comme non avenu le consentement qu'il a donné. L'art. 1304 ne s'appliquera donc dans aucun de ces cas.

63. — *h.* Est légalement inexistante toute clause qui, à défaut de paiement, autoriserait 1° le créancier gagiste à s'approprier le gage ou à en disposer sans observer les formalités prescrites (art. 2078;) 2° le créancier antichrésiste à devenir propriétaire de l'immeuble qu'il a reçu en antichrèse (art. 2088). Il est vrai que l'emprunteur a consenti la clause et il semble que la loi lui accorde la faveur de rétracter son consentement, ce qui est le cas de l'art. 1304; mais ici la protection des individus est accessoire, il s'agit avant tout de l'organisation du crédit, ce qui est d'ordre public et notre article est hors de cause (1).

64. — Il est encore quelques hypothèses où l'on a prétendu appliquer l'art. 1304 et qui, à notre avis, ne sont pas régies par lui; nous devrions les mentionner à cette place, mais comme elles se réfèrent à des catégories d'actes qui, suivant des distinctions, rentrent ou ne rentrent pas sous l'application de l'art. 1304 nous préférons les examiner en présentant un examen d'ensemble de ces actes (2).

(1) Demol., 29, n° 61; Toulouse, 5 mars 31. S. 34, 2, 111.

(2) Au cas d'une action rédhibitoire pour l'exercice de laquelle aucun délai n'est fixé ni par la loi ni par l'usage, il n'y a pas lieu d'appliquer l'art. 1304, mais il appartient aux tribunaux de déterminer la durée de l'action d'après la nature des vices cachés et les circonstances de la cause. Aubry et Rau, § 555 *bis*, t. et n° 24; Chambéry, 12 juin 75. S. 77, 2, 106; Cass., 7 fév. 72. S. 72, 1, 222, et arrêts antérieurs.

§ II. — Des actes soumis à la règle de l'art. 1304

65. — L'art. 1304 n'est écrit que pour les actions dont le résultat est de permettre à une personne de rétracter un acte consenti par elle, actions qualifiées par nous de restitution.

66. — *a)* Il s'applique, d'après ses termes mêmes quand il s'agit d'actes annulables pour erreur, dol ou violence. — Il s'applique aussi quand il s'agit de la lésion dont il ne parle pas. En effet, de deux choses l'une, — ou le lésé savait qu'il était lésé et a néanmoins consenti le contrat : il est bien évident alors que c'est une faveur, et peut-être même une faveur injuste, que de lui permettre de rétracter son consentement ; — ou bien, il ignorait la lésion, comme il peut arriver, au cas d'un partage héréditaire, quand on a faussement apprécié la valeur des biens compris dans l'hérédité ; mais alors il n'a qu'à s'en prendre à lui-même de ne s'être pas mieux renseigné, et c'est encore une évidente faveur que de lui accorder une action en rescision.

67. — *b)* L'art. 1304 s'applique quand il s'agit d'actes faits par une femme mariée non autorisée de son mari ou de justice.

68. — *c)* Il s'applique quand il s'agit d'actes faits par un mineur non autorisé de son tuteur, ou s'il est émancipé, non assisté de son curateur dans les cas où cette assistance est requise.

Il régit également l'action qui appartient au mineur devenu majeur contre les actes faits par lui au mépris de l'art. 472 : ce qui est naturel, car cet article nous

apparaît comme la dernière protection accordée au mineur en cette qualité.

Aux termes de l'article 472 est nul tout traité entre le tuteur et le mineur devenu majeur, s'il n'a été précédé de la remise du compte de tutelle, et s'il est conclu moins de dix jours après cette remise. On s'accorde à ne voir là qu'une annulabilité facultative au profit du mineur, mais il y a controverse sur la durée du délai qui lui est imparti pour intenter son action. L'opinion la plus répandue applique l'art. 475, d'après lequel toute action relative aux faits de tutelle doit s'exercer dans les dix ans à compter de la majorité ; l'art. 475 est absolu, il s'appliquerait sans conteste si le tuteur n'avait rendu aucun compte, il doit à plus forte raison s'appliquer quand le tuteur a rendu un compte même irrégulier (1).

Il y a confusion ; l'action en nullité du traité fait au mépris de l'art. 472 est tout à fait distincte de l'action en reddition du compte de tutelle. Le mineur peut les exercer l'une et l'autre, s'il est dans les délais compétents pour chacune d'elles ; si l'une est éteinte, rien ne l'empêche d'exercer l'autre. Privé du droit d'exiger un nouveau compte, il peut avoir intérêt à faire prononcer la nullité du traité : c'est par exemple pour ne pas payer le reliquat dont il s'est reconnu débiteur, ou encore c'est pour obtenir la restitution de biens cédés ou de sommes payées à son tuteur. Mais combien de temps a-t-il pour agir ?

MM. Aubry et Rau (2) partant de ce fait que la nullité du traité n'est pas susceptible de se couvrir par une

(1) Demol., 8. n° 168 ; Dem., n° 236 *bis* IV, et 239 *bis* III ; Cass., 26 juillet 1819 et 14 novembre 1820 ; S. 20, I, 140 ; 21, I, 370 ; Douai, 26 novembre 41 ; S. 43, 2, 453.

2, § 121, t. et n. 34 et 35.

confirmation soit expresse soit tacite, tant que les formalités requises par l'art. 472 n'ont pas été accomplies, décident que l'action du mineur n'est pas soumise à la prescription décennale : elle peut être intentée pendant trente ans à compter de la date du traité, sans que du reste le mineur soit admis à exiger un nouveau compte, s'il s'est écoulé dix ans depuis sa majorité.

M. Larombière (sur 1304, n° 40) applique l'art. 1304; le mineur peut intenter l'action en nullité pendant dix ans à compter du traité; il peut même réclamer un nouveau compte, mais au cas seulement où le traité contenait une reconnaissance explicite ou implicite de son droit à exiger un compte de tutelle, car alors la prescription de l'art. 475 est interrompue (1). Il est assez difficile de justifier cette opinion si l'on assigne pour fondement à la prescription décennale une idée de confirmation. Cependant elle est exacte: il s'agit, en effet, d'un moyen donné au mineur pour rétracter un acte consenti par lui; c'est donc bien le cas de l'art. 1304, et les dix ans commencent à courir de la date de l'acte attaqué, conformément à la règle de cet article (2).

(1) Il faut supposer, bien entendu, que l'art. 475 n'établit pas un délai préfix. V. Cass., 1 mai 50, et 5 juin 50. S., 50, I. 542 et 714.

(2) Dans l'ancien droit, l'action en reddition du compte de tutelle durait 30 ans. Or, s'il intervenait un traité entre le mineur devenu majeur et son ex-tuteur, sans que le compte ait été rendu, le mineur avait, pour se pourvoir de lettres et réclamer la nullité du traité, dix ans à compter de la conclusion du traité : (Argou, *Instit.*, 1, p. 145; Valin, *sur la Coutume de La Rochelle*, art. 24, n° 185; Rousseaud de Lacombe, v° *Restitution*, sect. 1, n° 4). La prescription de l'art. 475, bien qu'abrégée, doit se combiner avec la prescription de l'art. 1304, comme autrefois la prescription de 30 ans avec celle des ordonnances. — Il va de soi que si le traité est attaqué, non pour violation de l'art. 472, mais pour erreur, dol ou violence, l'action en nullité du mineur se prescrit par 10 ans à compter de la disparition du vice, et même, malgré l'art. 475, le mineur peut, le cas échéant, récla-

69. — *d*) L'art. 1304 s'applique, quand il s'agit d'actes passés par un interdit après et même quelquefois avant la sentence d'interdiction (art. 502 et 503). Il s'applique également quand il s'agit d'actes faits par un individu pourvu d'un conseil judiciaire: sans doute, ni l'art. 1304 ni l'art. 1124 ne parlent de cet individu: mais on peut dire que l'art. 502 enveloppe dans sa formule et les actes de l'interdit et ceux du pourvu; enfin, il est manifeste que l'action du pourvu est éminemment une action de faveur et de protection.

L'art. 1304 s'applique à l'action en nullité des actes faits par une personne non interdite placée dans un établissement d'aliénés. L'article 39 de la loi du 30 juin 1838 est formel sur ce point.

Quelle est exactement l'incapacité dont est frappée cette personne? Deux points sont hors de conteste: 1° Il n'y a pas pour elle une incapacité de même nature que celle dont elle serait atteinte si elle était interdite; ses actes ne sont pas nuls de plein droit comme dit l'art. 502, mais ils peuvent être attaqués pour cause de démence, et suivant les circonstances la nullité pourra être prononcée. 2° On déroge à l'article 504; d'après ce texte, les actes d'une personne non interdite ne peuvent être, après sa mort, attaqués pour cause de démence à moins que la preuve de la démence ne résulte de l'acte; au contraire la loi de 1838 autorise cette attaque.

Supposons un acte attaqué pour cause de démence soit par l'aliéné revenu à la raison, soit par ses héritiers. Cet acte peut être annulé, mais que faut-il prouver pour cela?

mer un compte nouveau: ce compte n'est alors, comme disent MM. Aubry et Rau, qu'un moyen d'instruction pour évaluer les dommages-intérêts qui peuvent être dus au mineur. (Demol., 8, n° 164; Aubry et Rau, § 121, *t. et n.* 37; Toulouse, 7 mars, 55. S. 55, 2, 258; Paris, 10 août 64; S. 65, 2, 286.)

On pourrait concevoir une nullité analogue à celle de l'art. 503 pour les actes passés avant l'interdiction : il ne serait pas besoin de prouver que l'auteur de l'acte n'était pas *compos mentis* au moment même de l'acte ; il suffirait d'établir qu'à l'époque de l'acte, l'aliéné était dans un état habituel et notoire d'aliénation. Or, le malade interné remplit toutes ces conditions. Ce système si raisonnable est-il celui de la loi de 1838 et cette loi organise-t-elle une véritable incapacité, au sens légal du mot ?

Si l'on se réfère aux travaux préparatoires (1), il est souvent impossible de se faire une idée nette et précise de ce qu'ont voulu ceux qui l'ont rédigée : et l'on constate qu'un grand nombre d'inexactitudes ont été dites. Le garde des sceaux et M. Tripier sont à peu près les seuls qui aient vu clair et aient su se retrouver au milieu des principes délicats qui étaient en jeu. De leurs explications, il ressort avec évidence qu'on a voulu laisser aux actes de l'aliéné toute leur validité sauf à admettre la preuve de leur inexistence pour cause de la démence de leur auteur(2). « *Toute cette matière est dominée par l'article 1108 : le consentement est indispensable pour qu'une convention puisse naître.* » On va permettre aux juges de prendre en considération la présence d'un individu dans une maison d'aliénés, pour décider qu'il n'a pu consentir tel acte fait pendant son séjour dans cette maison. — L'art. 39 s'exprime de la même manière : il faut prouver la démence, l'absence de consentement au moment de l'acte. La loi ne crée donc aucune incapacité civile pour l'aliéné non interdit, elle le laisse sous l'empire de son incapa-

(1) *Moniteur universel*, 1838, 1^{er} semestre, pp. 304, 928 et 929.

(2) V. Dalloz, *Répert. Alph.*, v^o aliénés.

citée naturelle avec récupération de sa capacité dans les intervalles lucides. La seule modification du Code est la dérogation à l'art. 504.

S'il en est ainsi, l'art. 39 est une erreur législative (1); nous sommes en présence d'un défaut de consentement : l'acte est inexistant indépendamment de toute action en nullité, et, par suite, l'art. 1304 ne devrait pas s'appliquer ici (2).

70. — *e.* La prescription décennale régit l'action en nullité des transactions nulles aux termes de l'art. 2053, car il s'agit là de rétracter un consentement donné (3).

71. — *f.* Elle régit aussi, dans les cas où il s'agit d'une restitution, l'action en nullité d'une donation alors même qu'elle est exercée par les héritiers. Ainsi les héritiers n'ont que dix ans pour attaquer une disposition nulle comme faite au mépris de l'art. 909. Ils n'exercent pas un droit à eux propres; ils succèdent seulement au droit de rétractation qui appartient à leur auteur. Un malade fait une donation à son médecin; la loi ne la déclare nulle que si le malade meurt. Il semble qu'il y ait là une restriction choquante; puisque la loi suppose la donation extorquée par le médecin, elle devrait l'annuler même au cas où le malade guérit. Cependant, à notre avis, l'art. 909 se justifie très-bien. La donation n'est pas inexistante, car le malade l'a consentie; s'il survit, il pourra la rétracter, en alléguant la

(1) C'est ce qu'enseigne notre éminent maître M. Bufnoir.

(2) C'est sur une proposition faite après coup que fût voté le renvoi à l'art. 1304.

(3) M. Mugnier, *Revue critique*, 12, p. 81, dit que la prescription dure 30 ans

violence qu'il a subie de la part de son médecin; et comme il pourra préciser les faits dont il se plaint, la loi ne s'occupe pas de lui. Quant aux héritiers, ils seraient presque toujours embarrassés pour fournir la preuve de leurs soupçons; aussi l'art. 909 est-il écrit pour les dispenser du fardeau de la preuve qui, à leur profit, est censée faite; d'ailleurs la présomption de l'art. 909, comme toute présomption, peut être inexacte. Il n'en est pas moins vrai que les héritiers ne font qu'exercer le droit de leur auteur et qu'en conséquence leur action se prescrit par dix ans à compter de son décès. Quand au malade, son action dure dix ans à partir du jour où la violence a cessé(1).

§ III. — **Des actes qui, suivant certaines distinctions, sont ou ne sont pas soumis à l'art. 1304.**

72. — A. — La vente entre époux est défendue (article 1595). Trois catégories de personnes sont intéressées à cette prohibition : les époux eux-mêmes : ils seraient trop facilement entraînés à se faire des donations irrévocables (comp. art. 1096); leurs héritiers : les époux feraient à leur détriment, sous forme de vente simulée, des donations excédant la quotité disponible; leurs créanciers : les époux auraient un moyen trop commode de soustraire les biens de l'un ou de l'autre à ses créanciers. Cependant la loi ne dit pas ce qu'il advient au cas où sa

(1) V. Cass., 21 août 1822; Laromb. 1304, n° 55; Demolombe, 29, n° 79.

défense est transgressée; il faut donc se décider d'après les droits de chacun des intéressés.

Les créanciers et les héritiers sont les ayants cause des époux. De droit commun, ils doivent subir les actes de leur débiteur ou auteur; ici par exception l'acte ne leur est pas opposable; ils exercent leurs droits sur le bien aliéné qui à leur égard n'a pas quitté le patrimoine de l'aliénateur; ils n'ont pas d'action en nullité et sont en dehors de l'article 1304.

Quant aux époux, le choix d'un contrat qui les lie irrévocablement est leur fait; ils devraient subir les conséquences bonnes ou mauvaises de ce contrat qu'ils ont consenti. Si la loi bienveillante vient à leur secours et leur permet de se repentir, c'est bien évidemment par une idée de restitution. C'est donc l'article 1304 qui règle le sort de leur action. Les dix ans ne courent que de la dissolution du mariage, à cause de l'article 2253 (1).

73. — B — On sait qu'il y a jugement volontaire ou d'expédient, lorsque les avoués en cause remettent au Tribunal un jugement rédigé par eux et convenu entre les parties, En apparence, c'est un jugement; en réalité, c'est un contrat. Il y a doute sur la nature de ces jugements. Les uns les considèrent comme de vrais jugements, ayant autorité de chose jugée; en conséquence, s'ils constatent des conventions annulables, pour les faire tomber, il faut employer les voies de recours admises contre les jugements. Selon d'autres, il s'agit là de décisions purement gracieuses et qui donnent simplement acte d'un accord; si l'une des parties prétend qu'elle était incapable

(1) Comp. Aubry et Rau, §. 351 *l.* et *n.* 20; C. de S. 7, n° 22 *bis*, I.

ou qu'elle n'a consenti que par erreur, dol ou violence, elle doit agir en nullité de la convention et a pour cela dix ans, aux termes de l'article 1304.

L'opinion dominante est la seconde; le Tribunal ne fait que donner force exécutoire à la convention des parties, il ne rend pas un véritable jugement; c'est donc par voie d'action que cette convention peut être attaquée, et l'article 1304 s'applique (1).

Mais, à notre avis, il faut lui préférer l'opinion de M. Glasson, dans sa nouvelle édition des *Leçons de procédure civile*, de Boitard (2). Le jugement d'expédient n'a le caractère d'un acte gracieux qu'autant qu'il résulte de son texte même qu'il s'est agi d'un simple donné acte d'un accord; le Tribunal a fait alors plutôt office de notaire que de juge; et dans ce cas l'article 1304 s'applique; si rien dans les termes du jugement ne révèle qu'il s'agit d'un accord des parties, le jugement est véritablement un acte de juridiction contentieuse, contre lequel les voies de recours admises contre les jugements sont seules ouvertes (3).

74. — C — L'article 1304 s'applique-t-il aux nullités de forme? MM. Aubry et Rau (4) soutiennent l'affirmative. L'opinion contraire nous semble cependant bien plus sûre; elle n'est pas douteuse pour nous, avec notre manière d'interpréter l'article 1304: la question ne peut même pas se poser.

(1) V. M. Labbé, note dans S., 80, I, 161. Notre savant maître établit que l'arrêt qu'il commente (Cass., 12 février 1878), n'est pas, comme il le paraît, contraire à cette opinion; jurisprudence bien établie en ce sens. V. Cass., 7 janvier 1878. S. 79, I, 462.

(2) I. p. 236.

(3) Comp. Grenoble, 22 avril 64. S. 64, 2, 247.

(4) § 339, t. et n. 6.

Voici d'abord les points sur lesquels tout le monde est d'accord : 1° la nullité de forme peut en réalité n'être que le signe matériel de l'absence de convention ; aucune prescription n'est alors possible ; c'est par exemple un acte de vente qui n'est pas signé d'une des parties parce que cette partie a refusé de contracter ; 2° l'existence des contrats solennels est subordonnée à l'accomplissement de certaines formes ; et aucun laps de temps ne peut suppléer à l'absence de ces formalités (1) ; 3° aucun délai ne peut purger le vice de l'acte sous seing privé, nul pour inobservation des articles 1325 ou 1326 (2) ; comment un acte inefficace comme moyen de preuve pourrait-il acquérir avec le temps la force probante qui lui manque ? 4° Enfin, il faut mettre à part et réserver pour un examen particulier les actes où sous l'apparence de formes exigées se cache une question de pouvoirs ou de capacité (3).

Le débat se trouve ainsi restreint : il porte uniquement sur les actes juridiques dont l'existence est subordonnée à leur constatation dans un acte instrumentaire revêtu de certaines formes (4), et sur la nullité résultant de l'inobservation partielle de ces formes. Ainsi réduit, il s'élèvera rarement, car notre droit n'est guère formaliste, et il suffit d'en préciser les termes pour que la solution s'impose : l'absence totale ou partielle des formes entraîne inexistance du droit, ce qui exclut toute application de l'art. 1304(5).

(1) Demol., 29, n° 73.

(2) Demol. 29, n° 74 ; Aubry et Rau, § 337, *t.* et *n°* 8.

(3) Demol., 29, n° 75 ; Dem. V, n° 263.

(4) V. pour les actes notariés, art. 931. 1394, 2127 ; et pour les actes sous-seing privé, peut-être les actes 1044, 2085 ; v. aussi C. comm., art. 39. 195. 273, 311, 332.

(5) a) Il ne faut pas confondre l'acte instrumentaire et l'acte

75. — Notre article 1304 est-il également inapplicable, quand, sous l'apparence d'une question de

juridique qui y est relaté. Le sort de l'un ne saurait influencer sur le sort de l'autre. Si l'acte notarié est nul pour vice de forme, il n'y a pas à proprement parler d'acte notarié : aucun laps de temps ne peut faire qu'on puisse l'invoquer comme tel ; autre chose est de pouvoir ou de ne pouvoir pas se prévaloir des droits qu'il avait mission de constater. Seulement, si l'existence de ces droits dépendait de l'existence de l'acte notarié, il est bien certain qu'à défaut d'un acte notarié valable, ces droits n'existent pas, et si, en fait, quelqu'un les exerce, c'est sans titre : la prescription dont il peut être alors question n'est évidemment pas celle de l'art. 1304. C'est ce que MM. Aubry et Rau décident eux-mêmes en l'absence de tout acte notarié : il doit en être nécessairement de même quand, pour inobservation des formes requises, l'acte notarié est légalement réputé ne pas exister. C'est ce qu'exprime en termes frappants un arrêt de cassation (6 avril 58. S. 59, 1, 17) : « La seule prescription à opposer au cas d'absence d'acte par le défaut d'existence légale est la prescription de 30 ans, non en ce sens qu'elle donne force à un acte qui n'existe pas, mais en ce sens qu'elle met obstacle à toute action réelle ou personnelle. » (V. en ce sens, Demol., 29, n° 76; Laromb., art. 1304, n° 62).

b) Voici, semble-t-il, comment MM. Aubry et Rau ont été amenés à appliquer l'art. 1304 aux nullités de forme : Encore que la loi subordonne à la passation d'un acte notarié, ou même parfois d'un acte privé, la naissance de certaines conventions, elle ne fait pas dépendre leur existence de la régularité de l'acte ; l'irrégularité de l'acte n'a d'autre conséquence que de les rendre annulables. En effet, l'art. 1340 déclare qu'une donation nulle pour vice de forme est susceptible de confirmation, ce qui présuppose que la donation n'est point inexistante (Aubry et Rau, § 337, n. 8, in-f.). Et, puisqu'il y a possibilité d'une confirmation, c'est à l'art. 1304 que doit être soumise l'action en nullité ouverte en pareil cas (V. Aubry et Rau, § 339, n. 6 et 19; Cass., 26 novembre 62. S. 63, 1, 15; 5 mai 62: S. 62, 1, 561; Caen, 17 nov. 55. S. 57. 2, 737).

Non, un acte nul pour vice de forme n'existe point en tant qu'acte et, par conséquent, les droits subordonnés à son existence sont eux-mêmes inexistants. On nous objecte l'art. 1340 ainsi conçu : « La confirmation ou ratification ou exécution volontaire d'une donation par les héritiers ou ayants cause du donateur, après son décès, emporte leur renonciation à opposer soit les vices de forme, soit toute autre exception. » Selon nous, en l'absence des formes requises, la donation n'existe pas, et, par suite, n'est susceptible de se couvrir ni par confirmation ni par prescription : or, la loi, à ce qu'on nous affirme, dit le contraire. La seule conclusion à tirer de l'art. 1340 serait en tout cas qu'il s'agit d'une règle spéciale à la donation, exor-

formes, il s'agit en réalité d'une question de pouvoirs ou de capacité ? C'est, par exemple, un syndic qui a bitante du droit commun, et qu'on ne peut prétendre généraliser. Mais il s'en faut qu'on soit fixé sur le sens exact de cet article.

c) Notons d'abord que, tout en s'appuyant sur l'art. 1340 pour soumettre les nullités de forme à la prescription décennale, MM. Aubry et Rau (§ 339, n. 19), déclarent cette prescription inapplicable précisément au cas prévu par ce texte, au cas d'une donation nulle en la forme : l'action en nullité appartiendrait alors aux héritiers en leur propre nom, ou, si l'on veut, en qualité de tiers, car les formes extrinsèques des donations ont été surtout établies dans l'intérêt des tiers, et plus spécialement des héritiers, ce que montre bien l'art. 1340 lui-même, quand il donne aux héritiers seuls le droit de confirmer et qu'il le refuse au donateur. La prescription de trente ans serait seule possible. (Comp. Demol., 29, n° 120 et 121 ; Pau, 5 février 66 ; S. 66, 2, 194.)— Une jurisprudence nombreuse décide que l'action des héritiers se prescrit par dix ans à partir du jour où ils peuvent confirmer la donation nulle en la forme, c'est-à-dire à partir du décès de leur auteur ; elle applique purement et simplement l'art. 1304. (V. notamment Cass., 28 nov. 65. S. 66, 1, 104 ; Lyon, 20 août 69 ; S. 70, 2, 124. En ce sens, C. de S., V, n° 313 *bis*, I ; Laurent, 19, n° 13 et 35.)

Mais, chose plus grave, en interprétant comme on fait l'article 1340, on viole manifestement l'art. 1339. « Le donateur ne peut réparer par aucun acte confirmatif les vices d'une donation entre-vifs ; nulle en la forme, il faut qu'elle soit refaite en la forme légale. » Cet article consacre en termes fort nets l'inexistence de la donation : elle ne peut produire aucun effet, rien ne peut la confirmer, il faut en refaire une autre. En conséquence, pour la méconnaître, tous les intéressés sont sur le même pied, et, à ce point de vue, les héritiers n'ont pas ni plus ni moins de droits que leur auteur. Comment admettre que la loi, immédiatement après, déclare simplement annulable à leur égard ce qu'elle vient de déclarer inexistant à l'égard de tout le monde, qu'elle leur donne le droit de confirmer ce qu'elle-même déclare ne pas exister ?

d) Ce qui résulte de la combinaison des art. 1339 et 1340, c'est que la loi règle différemment le sort d'un acte prétendu confirmatif suivant qu'il émane du donateur ou bien d'un de ses héritiers ou ayants cause. Quand il émane du donateur, elle n'en tient aucun compte, elle le considère comme non avenu ; quand il émane d'un héritier, elle le déclare efficace : c'est que l'auteur de l'acte ne peut plus être alors suspecté de vouloir éluder une loi qui le gêne. Mais l'efficacité reconnue à cet acte ne peut évidemment avoir pour effet de rendre existante la donation qui n'existe point.

Voici comment on peut expliquer l'art. 1340. Les héritiers ou ayants cause du donateur sont tenus d'une obligation naturelle.

transigé sans accomplir les formalités des art. 487 et 535 du Code de commerce. Si le débat se ramène à une question de pouvoirs, ce qui est le cas dans l'exemple cité, l'art. 1304 est hors de cause, car en dernière analyse le débat porte sur l'inopposabilité de l'acte. S'il se ramène, au contraire, à une question de capacité, l'art. 1304 s'applique, car l'omission des formes prescrites n'empêche pas que l'incapable ait consenti : elle autorise seulement la rétractation de ce consentement incomplet, ce qui rentre exactement dans le domaine de l'art. 1304.

Nous allons, en cherchant à résoudre deux points controversés, rendre cela plus sensible.

76. — *a.* — Un tuteur a aliéné en cette qualité un immeuble de son mineur, sans observer les formalités des art. 457 et 458. Le mineur peut attaquer cette aliénation, mais n'a-t-il pour agir que 10 ans ?

Cette obligation naturelle peut servir de base à une obligation civile; elle peut aussi être valablement acquittée (art. 1235). C'est en ce sens que les héritiers renoncent à invoquer les vices de forme qui rendent la donation civilement inexistante : ils ne peuvent prétendre que leur obligation manque de cause ou qu'ils ont fait un paiement indu. Nous n'avons pas à insister sur toutes les conséquences pratiques de cette interprétation. Nous dirons seulement que l'art. 1340 s'expliquant fort bien ainsi, on ne peut pas nous l'opposer pour affirmer que c'est par voie de nullité que les héritiers doivent attaquer la donation nulle en la forme, et que cette voie leur est ouverte pendant dix ou trente ans à compter du décès de leur auteur. Non, ils ne font que succéder à l'action en revendication ou à l'action en répétition de l'indu qui, suivant les cas, appartenait au donateur, action qui commence à se prescrire dès que le donataire est entré en possession, et qui, par conséquent, peut être depuis longtemps prescrite lors du décès du donateur. Notons aussi qu'au cas où la donation n'a pas été exécutée, après dix ou après trente ans, suivant qu'on applique l'art. 1304 ou l'art. 2262 à l'action en nullité supposée dans l'art. 1340, la donation est validée, dans l'opinion qui rejette la perpétuité de l'exception de nullité. Avec notre interprétation, elle ne l'est jamais.— Cette interprétation de l'art. 1340 est enseignée par notre éminent maître M. Bufnoir.

Pour nous, la question se pose ainsi : l'action du mineur est-elle l'action qui appartient normalement à tout individu, pour méconnaître une aliénation de ses biens faite par un tiers ? Est-elle, au contraire, un moyen de rétracter une aliénation consentie en son nom ?

Au premier abord, il semble que le mineur soit dans la situation de tout individu, dont les biens font l'objet d'un contrat entre tierces personnes : ce contrat serait pour lui *res inter alios acta*. A la vérité, le tuteur est bien son représentant, mais on peut dire que dans l'espèce ses pouvoirs étaient subordonnés à l'observation des formalités omises, et qu'en conséquence il n'a pu lier son pupille. C'est, d'ailleurs, la doctrine universellement enseignée par nos anciens auteurs (1). Le mineur doit donc agir en revendication, et il peut le faire tant que l'usucapion n'est pas accomplie au profit du possesseur (art. 2262 et 2252) (2).

Cependant, cette manière de voir ne nous paraît pas exacte. Notre droit, à tort peut-être, fait en quelque sorte abstraction, pour la vie juridique, de la personne du mineur et la remplace par une autre, celle du tuteur. Il y a là comme une substitution absolument complète de la personne pensante et agissante. Il est clair qu'avec une telle conception, tout moyen qui permettra au mineur de méconnaître les actes de cet autre lui-même aura nécessairement au fond le caractère d'une restitution, d'un secours offert au nom de l'équité contre les conséquences trop rigoureuses d'un principe admis. Et c'est bien là, dans notre cas, le ca-

(1) Pothier, *Traité des pers.*, n° 170; Bourjon, l. I, t. 6. ch. II. nos 34, 37, 54; Meslé, ch. XIV, n° 8.

(2) Bordeaux, 21 avril 58. S. 58, 2, 395; Douai, 20 nov. 70. S. 72, 2, 1. M. Bufnoir à son cours. Comp. Labbé. S. 72, 2, 1.

ractère attribué par les textes positifs eux-mêmes à l'action du mineur. Le tuteur avait, en effet, qualité pour agir comme il a fait, puisque (art. 450) il représente le mineur dans tous les actes civils. Sans doute, il aurait fallu que son consentement fût donné avec de certaines formes, mais leur absence n'empêche pas que ce consentement ait été donné, puisque le mineur peut à sa volonté tenir ou non pour valable le contrat du tuteur, et que le tiers acquéreur est à son entière discrétion (1). Dès lors, si ce contrat tombe, ce ne peut être que par la rétractation de ce consentement, en raison de ce qu'il était incomplet, et l'action accordée est ainsi une restitution : c'est par 10 ans et d'après les règles de l'art. 1304 qu'elle se prescrit.

D'ailleurs, si l'on songe que les formalités omises sont établies uniquement en considération du mineur et comme protection plus grande de ses intérêts, on est frappé de l'analogie profonde qui existe entre notre hypothèse et celles directement prévues à l'art. 1304.

(1) (Aub. et R., § 334, n° 14.) — D'après la rédaction proposée par le Tr. de cass. : « l'omission des formalités prescrites dans l'aliénation des biens des mineurs » ne donnait ouverture qu'à « une action en nullité » soumise à la prescription décennale. Il est vrai que l'art. 1304 ne reproduit pas cette disposition, mais c'est simplement parce qu'on y a remplacé par une formule générale l'énumération incomplète du projet; aussi, en défendant l'art. 1599, Tronchet a-t-il pu dire avec l'assentiment unanime de ses collègues que l'inobservation des art. 457 et 458 n'empêchait pas que le tuteur agissant *tutorio nomine* eût représenté le mineur. (Loché, 14, p. 51 à 53, n° 21.) — Tronchet visait plus spécialement l'hypothèse où le tuteur, ayant aliéné en cette qualité le bien de son pupille, s'est en outre porté garant de la ratification de ce dernier. C'est surtout alors que M Labbé (*loc. cit.*) déclare l'article 1304 inapplicable, car il est constant que l'art. 1304 ne concerne pas la gestion d'affaires. — On peut présenter ainsi l'engagement du tuteur : il promet, non pas que le tuteur ratifiera, mais qu'il ne demandera pas la nullité, et dès lors on ne voit pas pourquoi la clause de porte-fort ferait obstacle à ce que le tuteur représentât le mineur.

On nous objecte l'ancien droit. Mais qu'importe l'ancien droit? Il s'agit de qualifier un acte d'après sa vraie nature. Puis nos anciens auteurs tombaient dans une contradiction qui n'a pas échappé à notre éminent maître M. Bufnoir. Le mineur a fait seul et sans formalités un acte que le tuteur aurait dû faire avec formalités ; il semble, par *a fortiori* de ce qu'on décidait pour le cas du tuteur, que l'acte du mineur eût dû être considéré comme nul et non avenue. On le déclarait, au contraire valable, mais sujet à rescision (1). Il y a, sans contredit, dans cette divergence de solutions, quelque chose de choquant, car au fond il s'agit d'une seule et même chose : la protection du mineur, et d'un seul et même moyen de réaliser cette protection : l'observation de formalités ; leur omission ne doit produire qu'un seul et même effet : la rétractation du consentement donné. Arrêté par cette contradiction, M. Bufnoir se demande s'il ne faut pas logiquement tenir pour non avenues les actes du mineur accomplis sans formalités. C'est là une opinion isolée. Mais tous les auteurs, sans paraître soupçonner qu'il y ait là une question, décident que le mineur doit alors agir conformément à l'art. 1304. Non : ceux-là seuls sont sans reproche qui, sur le cas du tuteur et sur celui du mineur, donnent les mêmes solutions.

Pour nous dans les deux cas l'action du mineur ne dure que dix ans à partir de la majorité (2).

(1) V. notamment Meslé, *loc. cit.*, très explicite sur ce point.

(2) (En ce sens : Cassation, 7 mars 1876. S. 76, I. 291. ; Aubry et Rau, § 339, t. et n. 13 ; Demolombe, 29, n° 90.)— La question de formes se ramène encore à une question de capacité, et, en conséquence, l'art. 1304 s'applique, lorsqu'il s'agit d'actes relatifs au patrimoine d'une personne morale. C'est un maire qui, en cette qualité, a consenti l'aliénation ou le partage d'un bien communal sans observer les formalités requises (1.5 avril 1884, art. 68, n° 2). C'est encore une fabrique qui a contracté

77. — *b)* Lorsque certaines formes sont exigées pour la conclusion d'un acte solennel, est-il possible de décider que leur absence n'entraîne pas nécessairement inexistence de l'acte, mais que le débat se ramène à une question de capacité ?

C'est au sujet du contrat de mariage des mineurs et sur l'art. 1398 que la controverse s'élève (1). Le mineur doit y être assisté des personnes dont le consentement est requis pour la validité de son mariage. Est-ce là une forme simplement habilitante, c'est-à-dire une condition de la capacité du mineur ? Est-ce au contraire une pure forme d'où dépend la naissance même du contrat ? Cette dernière opinion a été soutenue avec une grande énergie par M. Bertauld (2).

Pour lui, l'art. 1398 n'est aucunement l'application du principe posé à l'art. 1125. Il édicte une formalité *sui generis* sans l'accomplissement de laquelle il n'y a pas de contrat. Autrement, il y aurait deux lois matrimoniales : le conjoint majeur et capable serait lié, le mineur incapable n'étant pas lié ; puis les tiers se verraient opposer le contrat, s'il leur est défavorable ; au cas contraire, on ne manquerait pas d'en demander contre eux l'annulation : « Les parties au

sans observer les décrets auxquels les fabriques sont soumises. Les personnes morales sont en effet assimilées à des incapables et des formalités ne leur sont imposées, en certains cas, que comme moyen plus efficace de les protéger. Le maire ne cesse pas de représenter la commune quand il agit comme maire sans observer les conditions de la loi. C'est donc par dix ans que l'action en nullité de la commune se prescrit. (Aubry et Rau, § 339, *t. et n.* 12 ; Bertauld, *Rev. prat.*, 3, p. 77. C. d'Et., 15 juin 77, S. 79, 2. 155.)

(1) Même question pour ce qui touche l'acceptation des donations faites au mineur ; l'acceptation irrégulière entraîne une nullité absolue, Caen, 30 déc. 78 (*motifs*). D. 80, 2, 1 ; — relative, Lyon, 23 mars 77. S. 78, 2, 1^{re}. — Même question et mêmes solutions si une femme mariée accepte sans autorisation une donation à elle faite.

(2) Quest. prat., 1, p. 601 et suiv.

contrat de mariage ne stipulent pas seulement pour elles-mêmes, leurs héritiers ou ayants cause; elles ont, en vertu d'une délégation sociale, une sorte de mission législative; elles se créent des droits, des immunités opposables à tous, et puisqu'elles font une loi, elles ne peuvent pas faire une loi boiteuse; elles ne sont compétentes pour faire cette loi qu'à la condition de se lier elles-mêmes et de se lier d'un lien également solide pour chacune d'elles. L'aptitude de tous ceux qui doivent participer à la confection de la loi est une condition, et une condition *sine qua non* de l'existence de cette loi. » Le contrat de mariage, inexistant pour omission des formes exigées à l'art. 1398, ne saurait donc devenir efficace par aucun laps de temps (1).

À l'appui de cette opinion, on a dit que déclarer le contrat simplement annulable au profit du mineur non autorisé serait soumettre les conventions matrimoniales à une condition potestative: leur maintien dépendrait en effet de la volonté d'un des conjoints. Or s'il est déjà fort douteux qu'on puisse faire dépendre ces conventions d'une condition ordinaire, il est certain qu'on ne peut le faire d'une condition potestative: le principe de l'immutabilité (art. 1395) s'y oppose. C'est là, pensons-nous, une illusion: ce qui est défendu, c'est que les conjoints, dans leur contrat, fassent dépendre le maintien de ce contrat de la volonté de l'un d'eux; mais ici c'est par application d'une théorie générale que le sort du contrat est à la merci d'une seule volonté; il s'agit d'une condition virtuelle qui

(1) Cass., 19 juin 72; 16 juin 73; S. 72, I, 281, 80, I, 466; Nîmes, 9 mars 75. S. 76, 2, 181. M. Aubry et Rau, § 502 *t. et n.*, 80, enseignent cette opinion; toutefois, ils refusent au conjoint de l'incapable le droit de provoquer la nullité; et cela, parce que ce conjoint est intervenu au contrat.

résulte des principes, qui vient de la loi mais qui n'est pas l'œuvre arbitraire des parties : elles la subissent, elles ne la créent point.

Malgré la puissante argumentation de M. Bertauld, notre avis est que dans l'art. 1398, la seule protection du mineur est en jeu : rien dans les textes, rien dans l'esprit de la loi n'autorise à déroger au principe de l'art. 1125. Le contrat de mariage n'est pas plus opposable aux tiers que tout autre contrat ; les conventions n'y ont toujours d'effet qu'entre les parties, l'art. 1410 en fait foi. Il est vrai que par contrat de mariage on peut faire certaines stipulations autrement défendues (les stipulations dotales, par exemple) ; mais, dans notre article, on n'a pas eu en vue l'intérêt des tiers. D'ailleurs de quoi les tiers pourraient-ils ici se plaindre ? Si malgré l'inobservation des formes, le contrat est maintenu, ils ont la condition ordinaire de tous les tiers ; au cas d'annulation, ils ont presque toujours une condition meilleure. Enfin ne pourrait-on pas, avec autant de raison, élever les mêmes prétentions au sujet de tous les actes, quels qu'ils soient, d'un incapable ? Est-ce que l'acceptation ou la répudiation d'une succession n'intéresse pas les tiers aussi bien que le contrat de mariage ? Est-ce que là encore ils ne subissent pas les conséquences d'une acte auquel ils sont complètement étrangers, et cependant personne ne conteste qu'il y ait là un simple cas d'annulabilité au profit du mineur ; personne n'a jamais prétendu, au nom des tiers, que l'art. 461 est écrit dans leur intérêt et que les formalités dont il parle sont une condition de l'existence même de l'acceptation ou de la répudiation.

Pour nous, le contrat de mariage n'est que sim-

plement annulable au profit du mineur non autorisé, et en conséquence la prescription de l'art. 1304 s'applique à son action. Ceux qui voient dans l'art. 1304 une confirmation présumée sont ici bien embarrassés : on ne peut confirmer un acte annulable que si, au moment de la confirmation, toutes les conditions requises pour faire valablement cet acte sont réunies ; or, après le mariage, on ne peut plus faire de contrat (art. 1394). La confirmation dans notre espèce est donc impossible non seulement pendant la durée, mais encore après la dissolution du mariage. Il n'y aurait donc place que pour la prescription de trente ans. On a répondu qu'à défaut d'une confirmation au sens exact du mot, il y a, le mariage dissous, un moyen équivalent : le conjoint demandera la liquidation sur les bases du contrat dont lui seul peut invoquer la nullité ; et son silence suffit alors pour justifier la présomption de la loi : ainsi, à cause du principe de l'art. 1395, les dix ans courraient seulement de la dissolution du mariage. Mais nous, qui interprétons autrement l'art. 1304, nous n'avons que faire de l'art. 1395, et nous appliquerons sans hésiter l'art. 1304. La loi restitue le mineur contre les conséquences de son incapacité, et lui donne, pour rétracter son consentement, dix ans à partir du jour où son incapacité a cessé, c'est-à-dire à compter de sa majorité (1).

78. — D — L'action en nullité contre un testament dure-t-elle dix ou trente ans ? Pour nous, l'art. 1304

(1) Voir sur le contrat de mariage des autres incapables : Troplong, *Cont. de M.*, 1, n° 97. Cass., 24 déc. 56. S. 57, 1, 246 ; Pau, 31 juillet 55. S. 56, 2, 65 ; Demol. 8, n° 739 ; Aubry et Rau, § 454, n° 17, § 502, t. et n. 11 à 14.

s'applique à tous les actes qui ont pour fondement une manifestation même unilatérale de volonté ; il doit donc s'appliquer au testament. Cependant, l'opinion unanime des auteurs et de la jurisprudence est que le testament se trouve absolument en dehors des prévisions de l'art. 1304 et qu'en conséquence il faut s'en tenir au droit commun, à la prescription trentenaire (1).

Il va de soi que nous ne songeons pas à appliquer l'art. 1304 aux cas où le testament est inexistant. Ainsi, nous avons vu sous le n° 62 un certain nombre d'hypothèses où les dispositions à titre gratuit, testamentaires comme entre-vifs, sont légalement inexistantes ; le testament sera pareillement inexistant si le testateur en le rédigeant n'a pas observé les formes prescrites, ou bien, si le testateur au moment de la rédaction n'était pas sain d'esprit (art. 901) : dans tous ces cas l'art. 1304 est hors de cause.

Ce qui nous intéresse, c'est si le testament est annulable pour erreur, dol ou violence, ou, comme on dit en cette matière, pour suggestion ou captation, ou bien encore pour avoir été fait sous l'empire d'un ressentiment violent qui ne laissait pas au disposant la pleine liberté de sa raison (2). La loi ne disant rien du droit des héritiers d'attaquer un testament pour de pareils motifs, on en a conclu qu'ils le pouvaient dans l'art. 901. C'est assurément inexact, car dans cet article, il s'agit d'un défaut absolu de consentement, ce n'est pas le cas ici.

On serait tenté d'écarter *a priori* l'art. 1304, car l'héritier n'a pas concouru au testament qu'on lui

(1) Aubry et Rau, § 339 t. et n. 18.

(2) Aubry et Rau, § 648, t. et n. 9.

oppose et qui lui nuit, et son action ne semble pas avoir le caractère d'une restitution. Mais c'est là une apparence : l'héritier qui attaque le testament n'exerce pas un droit qui lui soit propre ; il tient ce droit de son auteur, et comme il est évident que pour ce dernier il s'agit de rétracter un consentement donné, de réparer les conséquences d'une imprudence ou d'une faiblesse, il suit nécessairement que l'art. 1304 s'applique à l'action en nullité exercée de son chef par son héritier.

Quelle est, en effet, au point de vue juridique, la position de l'héritier présomptif par rapport à la succession du *de cujus*? A-t-il un droit acquis à cette succession? Nullement : il la recueille à la condition que le défunt n'en ait pas autrement disposé, et si le défunt en a disposé, l'héritier n'a plus de droit. Dans un seul cas, la loi assure aux héritiers une part de la succession, c'est quand ils sont réservataires ; ils ont alors un droit à eux propre, garanti par l'action en réduction ; aussi cette action dure-t-elle trente ans. Mais au cas de nullité, l'héritier, de son propre chef, ne peut agir ; de quoi se plaindrait-il ? De ce que son parent ne lui a rien laissé ? Mais, il était libre de le dépouiller, et les tribunaux seraient obligés de repousser sa plainte, quand même le testateur n'aurait agi que par méchanceté, par vengeance, quand même en fait le testament serait une mauvaise action. Au contraire, on conçoit très-bien que l'héritier vienne dire aux juges : « Mon parent n'a testé que sous l'influence d'une erreur, d'un dol ; on a capté son esprit, on l'a trompé sur mon compte ; dans un moment de colère il m'a dépouillé ; mais s'il avait découvert le dol, ou que ses yeux se fussent dessillés, s'il avait pu me voir ce que je suis, il aurait certainement déchiré son testament,

il m'aurait laissé hériter d'une fortune que son affection comme son devoir me destinait. Il n'est plus là pour connaître la vérité, pour rétracter ses dispositions; c'est moi qui, en son nom, de son chef, demande à exercer cette rétractation, à effacer son œuvre imparfaite. »

Le testament a ceci de particulier que, tant que son auteur vit, il est plutôt un projet qu'un acte, au sens juridique du mot. Aussi le testateur peut-il le modifier ou le détruire sans qu'il puisse être question de l'en empêcher, sous le prétexte que tel laps de temps s'est écoulé entre la confection de l'acte et l'époque de sa révocation. C'est là l'exercice même du droit de tester, et l'idée de prescription n'apparaît pas encore. Cependant on ne saurait dire du testament que c'est un pur projet. Au rebours de ce qui se passe pour un projet ordinaire, à la mort de son auteur, il acquiert la force qui lui manquait, il devient un acte juridique, il va produire des effets, confère à tous les intéressés des droits aussi solides que s'ils résultaient d'un acte entre-vifs. Le testateur ne doit pas oublier qu'à sa mort les dispositions qu'il a prises deviennent irrévocables, ou que du moins elles ne pourront plus tomber que si la loi, par une bienveillante concession, le permet, et à condition qu'on use de cette concession dans un certain délai. Seulement par la force des choses, il n'y aura jamais coïncidence dans le temps entre le droit de révoquer pouvant être exercé par l'auteur même du testament et la prescriptibilité de ce droit : tant que le testateur vit, il révoque à titre de pure faculté, de droit imprescriptible, et quand le droit de révoquer devient prescriptible, le testateur est mort. Et cependant, malgré la contradiction apparente, c'est dans sa personne et de son chef, ou, si l'on veut, dans

sa succession, que naît l'action en rétractation qui va passer à ses héritiers et qui pour eux se prescrit.

Le droit du testateur est de nature complexe : aussi ses effets sont-ils divers et successifs ; c'est d'abord un caractère actuel, puisque dès que le testament est rédigé son auteur peut librement le détruire ; c'est ensuite un caractère éventuel : si son auteur ne l'a pas révoqué, il deviendra définitif, révocable seulement par exception et au même titre que les conventions entre-vifs ; pour que ce droit reçoive tout son développement, pour qu'il apparaisse sous l'un et l'autre de ses aspects, il faut que la condition mise à sa forme dernière soit accomplie, et elle ne le sera qu'à la mort du testateur. Il est donc aisé de comprendre comment ce droit, sous son second aspect, ne peut jamais être exercé par le titulaire même en la personne de qui il prend naissance, mais seulement par ses héritiers. Il y a là quelque chose d'analogue aux stipulations *post mortem meam*, déclarées nulles au droit classique (1), validées par Justinien (2) : le droit stipulé naissait en la personne du stipulant, bien qu'en fait il ne pût jamais être exercé par lui.

L'art. 1301 s'applique au testament, mais il convient de faire une remarque. Le testament est un acte d'une nature toute particulière, en ce sens que jusqu'à la mort du testateur, il dépend uniquement de sa volonté ; et que cette volonté doit s'exercer dans les conditions de la plus absolue liberté. Si donc les héritiers invoquent le dol, l'erreur ou la violence et que le vice prétendu ait disparu du vivant de leur auteur, instruit de cette disparition, leur action en nullité devra échouer, car c'est alors en pleine connaissance de

(1) Gaius, 3, § 100.

(2) L. un., C. IV, 11.

cause que leur parent a laissé subsister les dispositions jadis prises par lui (1).

Nous appliquons également l'art. 1304 aux cas prévus par les art. 907 et 909 : là encore les héritiers, exercent un droit né dans la personne de leur auteur (2) ; nous l'appliquons aussi à l'action donnée contre le testament d'un interdit ; disons cependant que, pour d'excellents auteurs, le testament d'un interdit n'est jamais annulable aux termes de l'art. 502 : il est parfaitement valable ou sans aucune existence, selon qu'il a été rédigé dans un intervalle lucide ou non (3).

(1) Aubry et Rau, § 654, t. et n. 17 ; Bordeaux, 4 mai 60, S. 61. 2, 433.

(2) V. Cass., 21 août 1822 ; Demol., 29, n° 79.

(3) Demol., 8, n° 640 à 647.

CHAPITRE SEPTIÈME

DES PARTAGES D'ASCENDANT

79. — Faut-il appliquer au partage d'ascendant l'art. 1304, et si l'on décide que oui, quel est le point de départ des 10 ans ?

Une distinction s'impose : l'ascendant a pu faire par une donation ou par un testament le partage de ses biens. Si c'est par donation, personne ne conteste l'application de l'art. 1304. La donation et le partage sont deux contrats, tous deux soumis à l'art. 1304 : un *negotium juris* combiné de ces deux contrats ne saurait être soustrait à cet article. Si c'est par testament, les auteurs écartent notre article : le testament est un acte unilatéral et, comme tel, les actions auxquelles il donne ouverture ne peuvent rentrer sous l'application d'un texte qui parle de conventions. Cette opinion n'est pas la nôtre.

80. — Et d'abord, le testament-partage s'impose-t-il aux héritiers ? Quelques auteurs ne le pensent pas : les enfants pourraient ne pas s'y soumettre, car (art. 1043) tout légataire peut répudier son legs. S'il en est

ainsi, les enfants ont à faire successivement deux acceptations, de la succession de leur auteur, ce qui ne regarde que chacun d'eux individuellement, et du partage de ses biens, ce qui les lie les uns aux autres. Or, tout l'effet du testament est épuisé par la première acceptation, son caractère d'acte unilatéral cesse ; et par la seconde acceptation, celle purement volontaire du partage, il se forme entre les héritiers un lien quasi-contractuel ; ce n'est plus l'œuvre unique du défunt : ses descendants se la sont appropriée, l'ont faite leur ; le partage n'a été qu'une indication, un vœu du père de famille : il est le fait des enfants mêmes ; les vices qui ont pu infecter la volonté du père sont désormais couverts et ne peuvent plus donner ouverture à l'action en nullité ; partant, il n'est plus question de prescription décennale ou trentenaire : il ne peut s'agir que des vices qui ont pu entacher l'adhésion des enfants au partage. Si, plus tard, on reconnaît que le consentement du père a été vicié, tout ce qu'on pourrait accorder aux enfants, c'est une action en nullité de leur chef, pour erreur sur la substance : ils n'ont accepté ce partage que parce qu'ils y croyaient voir l'expression de la volonté paternelle.

Mais, à notre avis, et c'est l'opinion générale, le testament est obligatoire pour les héritiers : ils viennent *ab intestat* et n'ont à accepter que la succession (1). Cette fois, dira-t-on, le partage résulte bien du testament même ; les héritiers, dès qu'ils acceptent la succession, ne peuvent l'éviter ; il se fait en dehors d'eux, de leur volonté : or, le testament est un acte unilatéral, et l'art. 1304 ne s'y applique pas. On est ainsi ramené à la question plus générale de savoir comment

(1) Demol., 23, n° 31 et 99.

il faut interpréter l'art. 1304. Nous l'avons appliqué au testament ordinaire (v. n° 78) ; nous devons donc l'appliquer ici, sous les mêmes réserves. Du reste, il s'agit ici d'un testament-partage, et la nature même de l'acte impose cette solution.

D'ordinaire, on raisonne en se plaçant du côté de l'ascendant, auteur du partage ; c'est bien plutôt du côté des héritiers qu'il faut se mettre, car c'est à eux que le partage nuit ou profite. Dans le partage testamentaire, l'élément dominant, on peut même dire unique, est celui de partage ; par conséquent, c'est le caractère contractuel qui domine : dans les rapports respectifs des héritiers, c'est un véritable partage de la succession, tel qu'ils auraient eu à le faire eux-mêmes ; s'ils l'avaient fait eux-mêmes, les actions duraient 10 ans ; il doit en être de même ici, car l'ascendant est investi par la loi d'une sorte de mandat, pour procéder par avance au lotissement de ses biens : s'il se trompe, s'il est violenté, ce qui se passe en sa personne est censé se passer en celle de ses enfants qu'il représente.

Ainsi l'action en nullité ou en rescision contre le partage testamentaire se prescrit par 10 ans (1). Mais pour savoir s'il y a lieu à nullité, il faut considérer ce qu'était la volonté de l'ascendant aux derniers instants de sa vie, car jusque-là le testament était plutôt un projet qu'un acte juridique.

81. — Quel est le point de départ des 10 ans ?

Dans le partage testamentaire, les 10 ans courent du jour où l'acte testamentaire produit son effet (2). Mais

(1) Duranton, 9, n° 646 ; Genty, *part. d'asc.*, n° 55 ; *Contrà* : Aubry et Rau, § 732, t. et n. 8 ; Demol., 23, n° 216 ; Cass., 25 nov. 57. S. 58, I, 209 ; 22 janv. 72. S. 73, I, 421.

(2) C. de S., 4, n° 247 *bis*, IX.

la difficulté est tout à fait sérieuse à propos des partages entre-vifs : les auteurs ne sont pas d'accord sur la nature juridique de cette opération, et selon l'opinion qu'on adopte, les solutions varient au point de vue de notre article (1).

Les uns font une fiction : la donation entraîne l'ouverture anticipée de la succession, et l'on partage cette *présuccession*. La conséquence est que la prescription des actions en nullité ou en rescision du partage court du jour même de l'acte et non pas seulement du jour du décès de l'ascendant. C'est, dit-on, la volonté formelle de tous les contractants ; puis l'art. 1076 porte que le partage d'ascendant fait entre-vifs est soumis aux formalités, conditions et règles de la donation ; enfin l'art. 1077 montre la perfection actuelle et la complète indépendance de ce partage : les biens que l'ascendant n'y aurait pas compris font seuls l'objet d'une autre succession, d'un autre partage (2).

Cette doctrine se heurte à la règle : *nulla viventis hereditas* (art. 718) ; puis une personne aurait plusieurs réserves, plusieurs quotités disponibles, ce qui n'est pas possible (art. 922).

D'autres regardent la donation-partage comme un acte de nature complexe. Tant que l'ascendant existe et par rapport à lui, c'est une pure donation : les descendants ne peuvent exercer aucune action qui implique en leur personne la qualité d'héritiers. Mais la *démission* transfère collectivement les biens aux héritiers ; puis, au même moment, elle en opère entre eux la distribution.

« Il s'établit ainsi immédiatement et définitivement

(1) V. Demol., 23, nos 121 et suiv. ; 217 et suiv.

(2) Laromb., 1304, n° 41 ; Cass. 4 fév. 45. S. 45, I, 205 ; Bordeaux 23 mai 46. ; S. 47, 2, 178.

entre ces descendants des rapports de copartagés qui produisent entre eux, en cette qualité même, et indépendamment de celle d'héritiers présomptifs de l'ascendant, les mêmes droits et obligations réciproques que ceux qui résultent d'un partage ordinaire (1). » Les copartagés peuvent ainsi dès le jour de la donation agir en nullité de cette donation ou en rescision pour lésion de plus du quart (2).

M. Labbé (3), invoque en faveur de cette opinion le texte des art. 1075 et 1076 : c'est un véritable partage que fait le père de famille; l'ancien droit : Boullenois (sur les démissions de biens, quest. 7), était formel; l'intention du législateur : le but est de donner à la famille des garanties de paix et de concorde : le moyen est de confier à l'autorité morale du père les arrangements entre cohéritiers; pour atteindre le but, il faut que le pacte une fois conclu procure à toutes les parties une situation définitivement réglée (4).

Dans un dernier système, le partage entre-vifs renferme deux éléments, l'un actuel, l'autre éventuel : il

(1) Aubry et Rau, § 728, t. et n. 2.

(2) C. de S., 4, n° 243 *bis*, IV, XII et XV.

(3) P., 1863, p. 934 et suiv.

(4) M. Dubernet de Boscq (*Revue crit.*; 15, pp. 251 et 481; 18, pp. 33 et 336), et quelques auteurs, distinguent si le père a d'abord donné à ses enfants l'ensemble indivis de ses biens, puis opéré le partage de ces biens; en ce cas, les actions s'ouvrent et se prescrivent du jour même de l'acte. Que si le père fait directement à ses enfants l'attribution d'objets divis, l'acte n'a que le caractère d'une donation; c'est seulement à la mort du donateur que ces donations juxtaposées se transforment en lots, et que les actions commencent à se prescrire. Non : la loi ne subordonne pas aux énonciations de l'acte le caractère et les effets juridiques de l'opération.

MM. Aubry et Rau adoptent le système de M. Labbé en y apportant une restriction difficile à justifier (§ 734, t. et n. 19 et 20). Les copartagés ne peuvent intenter l'action en rescision pour lésion de plus du quart qu'à la mort de leur auteur, car c'est une action héréditaire : non, c'est une action de copartagés. (Comp. Poitiers, 5 mars 62; P. 63, p. 937.)

doit s'analyser en deux opérations distinctes et successives : une donation et un partage. Du vivant de l'ascendant, c'est une pure donation ; les descendants reçoivent les biens comme donataires. A son décès, la donation devient un partage. Les enfants recueillent la succession telle qu'elle leur a été primitivement distribuée. Ce n'est vrai que pour ceux qui acceptent la succession ; ceux qui renoncent restent simples donataires et conservent à ce titre leur part. S'il y a eu erreur, dol ou violence, s'il y a eu lésion de plus du quart, l'action en nullité ou en rescision du partage ne court qu'à partir du décès de l'ascendant. « Cette doctrine assure à l'ascendant le respect » de ses enfants pendant sa vie, et aux enfants, après » sa mort, toute la liberté qu'ils doivent avoir pour la » défense des droits que la loi leur accorde » (1).

C'est ce système qui a prévalu en jurisprudence. M. Labbé se réclamait de l'ancien droit et de Boullenois ; on a répondu que l'ancien droit n'était pas formel et que Ferrières (2) est d'un avis opposé à celui de Boullenois ; puis il serait facile de montrer que l'opinion de M. Labbé se heurte à l'art. 1078.

Pour nous, voici ce qui nous décide. Que par la volonté et la déclaration formelle des intéressés, les choses puissent se passer comme le dit M. Labbé, et qu'alors l'opération doive s'analyser comme il le fait, c'est incontestable ; seulement ce n'est plus la donation-partage du Code. Dans le Code, c'est un moyen donné au père de famille de régler par anticipation le partage de sa succession ; il ne s'agit pas de lotir chaque cohé-

(1) Demol., 23, n° 220 ; Bertauld, 2 pp. 121 et suiv. ; Cass., 30 juin 47 : Conclusions de M. Pascalis. S. 47, 1, 481, et longue série d'arrêts ; Cass., 16 nov. 85. S. 86, I, 454.

(2) Dict. : v° *Démission de biens*.

ritier de sa part dans une libéralité collective ; il s'agit de le remplir de sa part héréditaire ; l'idée de partage est donc inséparable de l'idée de succession ; et comme il ne peut y avoir une présuccession, il faut par nécessité placer au décès de l'ascendant la naissance du partage. Actuellement, il n'y a qu'une donation.

L'opération s'analysant en une donation et un partage, il faut distinguer, à notre avis, les causes de nullité de l'une et celles de l'autre. L'action en nullité de la donation court en principe du jour même de l'acte, sauf les exceptions qui résultent de l'art. 1304 lui-même ; le délai expiré, la donation est inattaquable en tant que donation. Au décès de l'ascendant, l'acte devient un partage ; c'est donc seulement à partir de ce moment qu'il peut s'agir des nullités de ce partage : les actions se donnent entre cohéritiers et se prescrivent du jour de l'ouverture de la succession (1).

(1) Voir sur diverses espèces intéressantes et délicates : Aubry et Rau, § 734, n. 23, 24 et 25 ; Demol., 23, n° 227 ; Cass., 16 nov. 85. S. 86, 1, 454 ; 27 juillet 74. S. 75, 1, 164 ; V. aussi Aubry et Rau, § 731, n. 7 ; Demol., 23, n° 83.

CHAPITRE HUITIÈME

DE LA COMBINAISON DES ARTICLES 1304, 1560 ET 1561

82. — L'inaliénabilité de l'immeuble dotal a pour objet d'empêcher que les intérêts de la femme ou de ses héritiers et ceux du mari comme chef de l'union conjugale ne soient compromis par des actes faits pendant le mariage (1). Quel est le sort des actes faits au mépris de cette inaliénabilité?

83. — I. L'acte émane de la femme.

Le régime dotal crée au profit de la femme une véritable incapacité (2). La femme est propriétaire des immeubles dotaux ; cependant, il lui est interdit de les aliéner, et si elle enfreint cette défense, l'aliénation est nulle. Cette nullité est la sanction d'une incapacité protectrice, elle est un moyen de rétracter un consentement donné, c'est donc conformément à l'art. 1304

(1) Aubry et Rau, § 537, 2°.

(2) Gide, éd. Esmein, p. 448 et suivantes ; Cass., 11 déc. 1815 ; S., 1816, 1, 161 ; 25 avril 1831 : S., 1832, 1, 623, — Contra : Mongin, *Revue critique*, 1886.

que s'éteindra l'action donnée pour la faire prononcer (1).

84. — Mais quel est le point de départ des dix ans ?

Nous devons mettre à part le cas où la femme a aliéné le fonds sans l'autorisation de son mari. L'acte est doublement vicié : il contrevient au principe de l'inaliénabilité (art. 1554), et à celui de l'autorisation maritale. Il y a deux causes de nullité, et l'action donnée à la femme en vertu de l'art. 225 ne commence certainement à se prescrire qu'à la dissolution du mariage (art. 1304).

Mais si la seule cause de nullité est l'inaliénabilité dotale, les art. 1560 et 1561 ont inspiré deux solutions contraires. D'après l'art. 1560 aucune prescription ne peut être opposée pendant la durée du mariage ; mais d'après l'art. 1561 l'immeuble dotal devient prescriptible à dater de la séparation de biens. Faut-il compter les 10 ans de la dissolution du mariage ? Faut-il les compter de la séparation ?

Il est un cas où tout le monde est d'accord (2) (à supposer que l'art. 1304 établisse une prescription et non un délai préfix) ; c'est quand l'action en nullité de la femme est de nature à réfléchir contre le mari ; à cause de l'art. 2256 n° 2, la prescription ne part que de la dissolution du mariage : par exemple, au cas de vente avec garantie du mari (3).

(1) Aubry et Rau, § 537, texte et n. 39 ; Cass., 31 mars 1841 : S., 41, 1, 397. — Contra : Benoît, *De la Dot*, p. 362 ; cet auteur dit trente ans.

(2) Comme résultat pratique, car théoriquement, dans une opinion, il y a imprescriptibilité ; dans l'autre, prescriptibilité, avec suspension de la prescription commencée.

(3) C. de S., 6, n. 232 bis 29 ; Cass., 7 juillet 1830 ; S., 31, 1, 68, Caen, 223 nov. 42 ; S., 43, 2, 123.

Mais l'aliénation était une vente sans garantie ; ou bien la femme a vendu, avant ou depuis la séparation, avec autorisation de justice, mais la justice ignorait le caractère dotal de l'immeuble. Dans toutes ces hypothèses l'art. 2256 n° 2 n'est pas en jeu. De quand part le délai ? Pour nous, c'est de la dissolution du mariage dans tous les cas, car le mariage dure encore après la séparation de biens et l'art. 1560 est formel (1).

D'ailleurs le mécanisme de cet article est exactement celui de l'art. 1304. Il s'agit dans tous deux d'une nullité fondée sur une incapacité et d'une imprescriptibilité, conséquence de cette incapacité : puisque dans l'art. 1304 l'imprescriptibilité dure autant que l'incapacité, il doit en être de même ici. Il est vrai qu'à la séparation la femme recouvre l'exercice de ses actions : mais au cas de l'art. 1304 la femme mariée, le mineur émancipé ont aussi l'exercice de leurs actions avec le consentement de leur mari ou curateur, et cependant leur action ne commence à se prescrire qu'à la dissolution du mariage ou à la majorité. Il faut donc que l'action en nullité de la femme dotale ne se prescrive pareillement que de la dissolution du mariage.

L'art. 1561 al. 2 déclare bien les immeubles dotaux prescriptibles après la séparation de biens ; mais sa disposition ne concerne que la prescription acquisitive, l'usucapion opposée par un tiers détenteur, usurpateur ou acquéreur *a non domino*, à l'action en revendication de l'immeuble dotal — les termes de l'article en témoignent énergiquement : — elle ne s'applique point à la prescription extinctive de l'action en nullité, hypothèse qui fait l'objet exclusif des prévisions de l'art. 1560.

(1) Aubry et Rau, § 537 ; Cass., 1 mars 1847 ; S., 47, 1, 180 ; Caen ; 27 janv. 51 ; S., 51, 2, 428.

85. — Contre cette interprétation restrictive de l'article 1561, on objecte que dans le projet du Code, les deux art. 169 et 170 (1560 et 1661 actuels) étaient d'accord. Ils ne parlaient ni l'un ni l'autre de la séparation de biens, et la prescription ne courait jamais durant le mariage. Sur une observation du Tribunal, on ajouta à l'art. 170 le dernier alinéa autorisant la prescription du jour de la séparation. C'est un principe admis après coup. Si la même règle n'est pas écrite dans l'art. 169, c'est qu'on a oublié de mettre ce texte en harmonie avec le nouveau principe admis. Mais l'intention du législateur est certaine et il faut décider que la prescription court à partir de la séparation (2).

Cette objection, toute puissante au dire de nos adversaires, se retourne contre eux. L'art. 170 portait que l'usucapion du fonds dotal ne pouvait commencer tant que le mariage durait : le Tribunal a demandé qu'on le modifiât, mais en quels termes ? « La section pense que la séparation de biens doit faire exception au principe de l'imprescriptibilité dans le cas de l'article 170 puisque la femme séparée a la liberté de réclamer ses biens entre les mains des tiers. » La section spécifie l'hypothèse où elle veut qu'on déroge à la règle de l'imprescriptibilité, et c'est le cas de l'art. 170. Or, l'art. 169 (1560) parle aussi d'imprescriptibilité, et le Tribunal l'avait évidemment sous les yeux puisqu'il venait d'y proposer plusieurs corrections (3). Il l'excepte de sa réclamation : c'est assurément parce qu'il entend le laisser comme il est.

(1) Loaré, 13, p. 260.

(2) Valette, *Mélanges*, 1, p. 19 et s. ; Troplong, *Cont. de Mar.*, 4, n. 3375 et suiv. ; Nîmes, 4 janv. 1835 ; S., 36, 2, 50 ; Grenoble, 2 juill. 42 ; S., 42, 2, 21.

3 Loaré, 13, p. 259.

86. — Nous voyons ainsi ce que le Tribunal a pensé ; nous pouvons faire mieux encore, montrer pourquoi il l'a pensé.

L'imprescriptibilité de l'immeuble dotal peut tenir à ce qu'il est inaliénable ; elle peut tenir aussi à ce que la femme dotale n'a pas l'exercice de ses actions même immobilières. Ces deux idées sont irréductibles : Si l'imprescriptibilité repose sur le premier motif, tant que dure l'inaliénabilité, l'imprescriptibilité persiste ; si elle repose sur le second, elle cesse du jour où la femme recouvre l'exercice de ses actions, c'est-à-dire du jour de la séparation de biens. L'ancien droit s'inspirait du second système (1) ; au contraire les rédacteurs du Code avaient admis le premier ; pour eux, l'imprescriptibilité était un corollaire de l'inaliénabilité. Or, dans le régime dotal, tel qu'on

(1) Ainsi dans le ressort du Parlement de Bordeaux, les dix ans pendant lesquels la femme pouvait agir en nullité ne partaient que du décès du mari ; car, malgré la séparation, la femme n'avait jamais, tant que son mari vivait, l'exercice de ses actions. Au contraire, à Toulouse et à Paris, les dix ans commençaient à courir de la séparation, car la femme recouvrait alors le droit d'intenter son action (Tessier, *Dot*, t. 2, p. 113 et note 806). D'ailleurs, cette doctrine ancienne n'était peut-être pas parfaitement logique. On admettait généralement que la dotalité mettait l'immeuble hors du commerce. (Comparez Roussilhe, *Traité de la Dot*, n° 399 à 404.) Cette idée semble imposer l'imprescriptibilité de l'immeuble dotal tant que la dotalité subsiste, c'est-à-dire tant que le mariage dure. On avait sans doute cru donner une satisfaction suffisante à l'idée de mise hors du commerce, en décidant que l'immeuble dotal se prescrivait seulement par trente ans ; on peut, en effet, remarquer que, pour décider ainsi, les auteurs n'invoquaient pas l'exclusion habituelle en pays de droit écrit de la prescription de dix à vingt ans. — Enfin, quelques auteurs assignaient l'inaliénabilité comme fondement à l'imprescriptibilité ; si la femme « a aliéné son fonds dotal dans les provinces où il n'est pas aliénable, le délai de l'ordonnance ne court pas contre elle, tandis que ce fonds reste dotal, parce que la cause qui en empêchait l'aliénation subsiste toujours. » (Dunod, *Prescription*, p. 255.)

l'organisait, l'idée fondamentale est qu'il faut avant tout protéger la femme contre elle-même, contre sa faiblesse ou ses entraînements (1). On se défie du mari non pour ce qu'il peut faire lui-même, mais en raison de l'ascendant qu'il peut prendre sur sa femme et des actes qu'il peut lui faire faire. Dès lors autant l'imprescriptibilité de l'art. 169 était une conséquence logique de cette conception, autant l'imprescriptibilité de l'art. 170 ne cadrait pas avec elle. Cette dernière est pour ainsi dire accessoire au régime dotal ; elle tient plutôt de la nature des suspensions. La femme n'est pour rien dans la possession du tiers détenteur. Si ce tiers ne prescrit pas contre elle, cela ne peut être que parce qu'elle n'a pas l'exercice de ses actions et qu'ainsi elle n'a aucun moyen d'éviter la prescription. C'est si vrai que le même article déclarait l'immeuble dotal prescriptible durant le mariage si la prescription a commencé avant, c'est-à-dire à une époque où la femme était maîtresse de ses actions. Il faut donc aussi, lorsque la femme les recouvre, que l'imprescriptibilité cesse, et c'est à tort que l'art. 170 la faisait durer autant que le mariage. Sur l'art. 169, on était libre d'adopter une autre théorie que la théorie ancienne ; au cas de l'art. 170, on était lié, il n'était pas possible de rejeter un système qui s'imposait (2). Le Tribunal, conscient de l'erreur commise, n'avait à demander que le retour pur et simple au droit ancien dans la limite où ce droit ne pouvait être modifié, c'est-à-dire pour l'art. 170 seul : il n'a demandé que cela, les termes de sa réclamation en font foi.

(1) C'est apparent dans le système de la jurisprudence sur l'inaliénabilité de la dot mobilière.

(2) *Non obstat* la note de la page précédente, car il n'y a plus mise hors de commerce.

87. — Le Tribunat avait encore un autre motif, celui-ci exclusivement pratique pour restreindre sa demande à cet article. Dans l'hypothèse de ce texte, la femme est restée complètement étrangère à l'acte qui fonde la possession du tiers contre qui elle doit revendiquer ; il n'y a donc aucune raison de supposer qu'elle n'agira pas contre lui ; elle est dans la situation de toute personne qui voit ses biens entre les mains d'autrui. Au contraire, quand elle est intervenue à l'aliénation, en personne ou par représentant, elle n'a pas la même liberté de fait. On peut lui supposer de l'énergie pour se sortir d'une situation que l'imprudence ou la faute d'autrui lui a faite ; elle en aura moins à coup sûr, si cette situation est son œuvre en tout ou en partie. Elle n'a pas alors, comme on dit, la conscience nette, et sentira toujours de la répugnance à invoquer son droit légal. D'autres considérations la font encore hésiter : elle n'a pas sans de graves raisons consenti l'aliénation de son immeuble dotal : elle l'a fait, le plus souvent, sous l'influence et dans l'intérêt de son mari. Or la séparation de biens n'implique pas le dissentiment et la haine entre les époux ; le bon accord ou tout du moins la nécessité de ménagements, le respect de soi-même et de l'opinion des autres persistent (1). Il y a là un ensemble de circonstances qui expliquent ou excusent l'inaction de la femme et dont le législateur devait tenir compte, dès l'instant où il estimait que certains intérêts réclament

(1) Qu'on ne vienne pas parler des mêmes ménagements, du même bon accord pour le cas où il y a lieu à prescription acquisitive. Il s'agira, par exemple, d'une usurpation que le mari aura laissé accomplir : pourquoi la femme hésiterait-elle à revendiquer par déférence pour son mari ? Ou bien ce dernier aura vendu l'immeuble dotal comme sien ; c'est une grave indécatesse, pour ne pas dire plus : elle fait supposer un désaccord entre les époux et justifie l'action de la femme.

une énergique protection et que, pour assurer cette protection, il instituait le régime dotal. La femme obligée d'agir en nullité dans les 10 ans de la séparation perdrait en fait presque tous les avantages que ce régime est destiné à lui procurer. Les 10 ans ne doivent courir que de la dissolution du mariage, non point que tout ce qui est de nature à faire hésiter la femme disparaisse alors, mais parce qu'avec le mariage prend fin la situation en considération de laquelle le régime dotal est institué.

88. — Comme preuve à l'appui de notre opinion, jusqu'à ces dernières années, on pouvait invoquer l'art. 2255 : « La prescription ne court pas pendant le mariage à l'égard de l'aliénation d'un fonds constitué sous le régime dotal, conformément à l'art. 1561. » Ce renvoi à l'art. 1561 semble pourtant indiquer que, s'il intervient une séparation de biens, l'imprescriptibilité de l'immeuble dotal cesse. Mais du rapprochement de deux passages de Fenet (1), on démontrait que le renvoi à l'art. 1561 était faux : c'est à l'art. 1560 que le législateur avait entendu renvoyer, et, par conséquent, du texte même de l'art. 2255 il résultait que l'imprescriptibilité de l'immeuble dotal dure autant que le mariage (2). — M. Mongin (3) a établi que le numérotage indiqué par Fenet est inexact : c'est bien à l'art. 1561 que l'art. 2255 se réfère. Comme il ne distingue pas, c'est que l'action en nullité de la femme est, comme sa revendication, prescriptible à partir de la séparation, et cet article, jadis un de nos plus forts

(1) 13, p. 656, et 15, p. 568.

(2) Bertauld, *Quest. prat.*, 2^e série, p. 432; Deloynes, sur Tessier, *Soc. d'acq.*, p. 18, note 21, et les autorités qu'ils citent.

(3) *Recue critique*, année 1886, p. 110.

arguments, paraît être devenu en faveur de nos adversaires un argument sans réplique.

Admettons, pour un instant, que tels soient le sens et la portée de l'article 2255 ; l'action en nullité se prescrit à compter de la séparation. Mais alors c'est une modification apportée aux décisions précédemment adoptées, lors de la discussion des art. 1560 et 1561, puisque le Tribunal avait intentionnellement excepté l'art. 1560 de la proposition, à la suite de laquelle on déclara, dans l'art. 1561, l'immeuble dotal prescriptible à partir de la séparation. Cette modification devrait avoir laissé des traces. Or, si l'on consulte les travaux préparatoires (1), on voit que sur l'art. 2255 on n'entendit aucunement innover : on voulait simplement rappeler dans un chapitre consacré aux causes qui empêchent la prescription de courir, une de ces causes indiquée dans un autre chapitre. Le texte primitif de l'article ne contenait même aucun renvoi, et il ne souleva aucune observation, ni au Conseil d'Etat, ni à la section du Tribunal qui, pourtant, y fit changer ou supprimer plusieurs expressions. C'est à la séance du Conseil d'Etat, où fut adoptée la rédaction définitive du titre 20, qu'on voit pour l'unique et dernière fois apparaître le renvoi ; d'ailleurs, Bigot-Préameheu, dans son exposé des motifs, laisse bien entendre qu'il s'agit d'un simple rappel de décisions précédemment admises. Ainsi, l'on n'a aucune indication précise du motif qui a fait insérer dans l'art. 2255 le renvoi à l'article 1561 ; seulement, il est certain que ce renvoi n'a pas eu pour but d'innover sur le droit en vigueur.

Voici probablement l'explication de ce renvoi. La première rédaction de l'article 2255 était trop large,

(1) Locré, 16, p. 537, art. 36; 543, n° 27 ; 548, n° 6; 570, n° 24; Fenet, 15, p. 568, art. 36.

puisqu'elle n'indiquait pas l'exception apportée par l'art. 1561 à l'imprescriptibilité de l'immeuble dotal. On crut nécessaire, pour éviter toute contradiction, de rappeler cette exception dans le texte même de l'article 2255. C'est bien là la préoccupation qui a dicté ces paroles : « A l'égard des tiers, la loi prononce au profit de la femme, *avec certaines modifications*, la suspension de la prescription, dans les cas où un fonds constitué sous le régime dotal a été aliéné. » Ces *modifications* sont indiquées à l'art. 1561 ; de là le renvoi à cet article. On n'avait pas à renvoyer à l'art. 1560, puisque dans ce texte l'imprescriptibilité reste intacte. Seulement, on ne s'est pas aperçu que la nouvelle rédaction de l'art. 2255 était à son tour trop compréhensive et qu'elle contredisait l'art. 1560.

Concluons. L'art. 1560 et l'art. 2255 sont contradictoires ; il faut opter pour l'un ou pour l'autre. N'est-il pas naturel d'opter pour le premier, dont nous connaissons parfaitement les motifs, tandis que nous ignorons ceux du second ? N'est-il pas naturel de ne pas croire à une innovation dont il ne reste aucune trace, et qui aurait eu pour effet de bouleverser les principes admis moins de deux mois auparavant (1).

(1) 12 janvier et 2 mars 1804 ; Locré, 13, p. 263 ; 16, p. 551. — La controverse se ramène donc au conflit des deux art. 1560 et 1561. Pour M. Valette (*loc. cit.*, p. 27), ces deux articles se concilient parfaitement. L'art. 1560, n° 1, dit que la femme et ses héritiers peuvent faire révoquer l'aliénation après la dissolution du mariage, sans qu'on puisse leur opposer aucune prescription pendant sa durée ; et il se termine ainsi : la femme aura le même droit après la séparation de biens. C'est, dit M. Valette, que jusqu'alors le texte suppose qu'il n'y a pas séparation de biens. Les mots : *sans qu'on puisse leur opposer aucune prescription pendant la durée du mariage* ne se rapportent qu'au cas où il n'y a pas séparation ; si donc la séparation intervient, c'est l'art. 1561 seul qui s'applique. Et l'observation a d'autant plus de poids, que c'est le Tribunat qui fait insérer dans l'art 1560, n° 1, la phrase : *La*

89. — MM. Aubry et Rau, § 537, n° 40, admettent une doctrine mixte. L'article 1561 ne comporterait pas l'interprétation restreinte que nous lui donnons : « Par cela même que la séparation de biens rend prescriptibles les immeubles dotaux et restitue à la femme l'exercice des actions dotales, aucun obstacle ne s'oppose plus à ce que la prescription de l'action en nullité courre contre elle, tout aussi bien que l'usucapion. Mais si l'action en nullité est susceptible de se prescrire après séparation de biens, ce n'est pas à dire pour cela que cette action soit soumise à la prescription exceptionnelle de l'art. 1304. Cette prescription, qui ne repose que sur une confirmation présumée, ne peut commencer à courir qu'après la dissolution du mariage, puisque ce n'est qu'à cette époque que la confirmation devient possible. » Comme conséquence les savants auteurs enseignent (notes 41 et 42), que s'il s'est écoulé 30 ans depuis la séparation sans que l'action en nullité ait été introduite, cette action est prescrite en vertu de l'art. 2262 (1). Pour nous, l'idée de

femme aura le même droit après la séparation. — L'objection serait sérieuse, s'il n'y avait pas une autre explication de cette addition au texte primitif de l'article. Nous avons vu, (note sous n° 86,) que dans le ressort du Parlement de Bordeaux, malgré la séparation, la femme ne pouvait intenter l'action en nullité, tandis qu'elle le pouvait à Paris et à Toulouse. Le projet de Code, tout en adoptant l'usage du Parlement de Paris (art. 1563, 1449 et 1536, comb.), ne s'était pas expliqué sur ce point. C'est pour réparer cet oubli que le Tribunat a fait insérer la phrase qu'on nous oppose. D'ailleurs, si le raisonnement de M. Valette était juste, la femme, après la séparation, n'aurait pas le même droit qu'après la dissolution du mariage : elle aurait un droit moindre.

(1) Il semble que dans l'ancien droit une doctrine semblable ait été professée. Dunod, *loc. cit.*, après avoir dit que les dix ans de l'ordonnance ne courent point contre la femme de la séparation ajoute : « On tient même que le fonds dotal, aliéné ou non, ne peut pas être prescrit pendant le mariage, par quelque laps que ce soit. »

confirmation n'est pas l'unique ni même le principal fondement de l'art. 1304. La loi estime que la femme, tant que le mariage subsiste, n'est pas libre d'intenter son action. Elle ne peut pas à la fois lui accorder la faveur de rétracter son consentement et lui retirer cette faveur avant qu'elle ait pu en profiter. C'est méconnaître l'esprit de la loi à propos des incapacités et le mécanisme des actions en nullité, que de faire dater la prescription même trentenaire de la séparation.

90. — II. Nous n'avons jusqu'ici examiné qu'une hypothèse, celle où la femme a concouru par elle-même ou par un représentant à l'aliénation de son fonds dotal, c'est en effet ce qui arrive presque toujours dans la pratique : l'aliénation est consentie par la femme autorisée de son mari ou de justice ou par le mari et la femme conjointement ou par le mari mandataire de sa femme. Par exception, il peut se faire que le mari ait agi seul. Faut-il encore s'inspirer des mêmes principes ? L'aliénation est-elle encore simplement annulable au profit de la femme et sur sa demande ? est-ce par conséquent la prescription de l'art. 1304 qui doit toujours s'appliquer ? La question est controversée.

91. — Avant d'essayer de la résoudre, il faut voir ce qu'on décidait jadis dans les pays de droit écrit. Comme le Code n'a donné qu'une esquisse du régime dotal, renvoyant pour le détail aux anciennes pratiques, nous trouverons là des éléments de solution (1).

(1) On peut d'autant mieux raisonner de l'ancien droit que déjà la femme y était considérée comme propriétaire des biens dotaux : le mari n'en avait que l'administration avec des pouvoirs très-larges. — Roussilhe, *Dot*, n° 219 ; Domat, *Lois civiles*. l. 1, t. 9, sect. 1, § 4.

L'action en nullité n'avait de lieu que si l'aliénation avait été faite par la femme seule ou conjointement avec son mari (1). Si elle avait été consentie par le mari seul, qu'il ait présenté l'immeuble comme sien ou comme dotal, la femme ne devait pas procéder par l'action en nullité mais par une action en revendication susceptible de se prescrire à partir du moment où la femme recouvrait l'exercice de ses actions, c'est-à-dire de la dissolution du mariage à Bordeaux, de la séparation à Toulouse et à Paris (2). L'action de la femme, comme toute revendication, s'éteignait non par une prescription extinctive, mais par la prescription acquisitive du possesseur considéré comme ayant acquis *a non domino* (3), et même on écartait généralement la prescription de 10 à 20 ans pour exiger uniquement celle de 30 ans (4) ; en effet dans les pays de droit écrit, on ne pouvait usucaper que par 30 ans, à cause de la nov. 119, ch. 7, et dans les pays coutumiers où cette novelle ne s'appliquait pas, et où la prescription de 10 à 20 ans avec juste titre et bonne foi était admise (5), on la rejetait ici à cause du caractère dotal de l'immeuble.

92. — Telle était la pratique la plus répandue du droit ancien : que décider aujourd'hui ? On peut distinguer jusqu'à trois hypothèses : 1° le mari a vendu l'immeuble dotal comme sien ; 2° il l'a vendu comme

(1) Dunod, *Prescr.*, 2^e p., ch. 3; arrêts du Parlement de Toulouse, 9 juillet 1704 et 31 août 1730; De Juin, *Recueil d'arrêts*, 3, p. 150 et 5, p. 408; Fromental, *Quest. de Droit*, v^o dot, p. 259 1^{re} col.; Salviat, p. 503, 438 et 107; Grenoble, 20 janvier 1834: *Mémor. de jurispr.*, 28, p. 380.

(2) Despeisses, *Dot.* sect. 3, n. 29; Fromental, *loc. cit.*; Salviat, p. 503; Trib. d'app. de Bordeaux, 4 prairial an XIII.

(3) Serres, *Inst.*, p. 156; Boutaric, *Inst.*, p. 182.

(4) Roussilhe, n^{os} 399 à 404; Serres, *loc. cit.*; Julien, *Eléments de jurispr.*, p. 481, n. 4.

(5) Henrys, 1, p. 399; Boutaric, p. 182 et suiv.

dotal ; 3° il l'a vendu sans le qualifier ou en le déclarant paraphernal.

1° Si le mari a présenté l'immeuble dotal comme sien, on est à peu près d'accord. Le principe de l'inaliénabilité dotal n'est plus seul en cause : l'aliénation est nulle comme faite *a non domino* et c'est l'art. 1599 qui s'applique. La femme conserve le droit d'agir contre les tiers détenteurs, non par voie d'action en nullité, mais par voie d'action en revendication, parce qu'elle n'a été ni partie ni représentée au contrat, et que par suite cette vente ne saurait lui être opposée. Cette action ne peut s'éteindre que d'une manière indirecte, par l'effet d'une usucapion accomplie au profit des tiers acquéreurs, dans les conditions du droit commun, c'est-à-dire par une possession de 10 à 20 ans ou de 30 ans, car le principe de la Nov. 119 n'a pas été reproduit dans le Code et le régime dotal pris en lui-même n'est pas de nature à exclure la prescription de 10 à 20 ans. — Le point de départ de cette prescription doit être fixé conformément aux art. 1561 et 2256, n° 2. Elle court de la dissolution du mariage et non de la séparation de biens, car l'action de la femme réfléchirait contre son mari. Si par hasard le mari n'était pas garant, la prescription commencerait à courir de la séparation (1).

Marcadé (sur. 1560, n°s 1 et 5), applique même en cette hypothèse l'art. 1560. « Si, dit-il, le mari n'est pas précisément propriétaire des biens dotaux, il a du moins sur eux des droits fort étendus, d'une nature toute particulière et qui ne permettent pas de dire que la vente qu'il en fait est la vente de la chose d'autrui dans le sens de l'art. 1599. » D'ailleurs l'art. 1560 est

(1) Tessier, *Dot*, 2, n° 95; Aubry et Rau, § 537, t. et n. 43.

absolu et ne comporte pas de distinction. Il s'ensuit que la femme doit agir par voie d'action en nullité, que cette action se prescrit par 10 ans conformément à l'art. 1304, à partir de la dissolution du mariage ou de la séparation de biens, suivant les opinions, et qu'il n'est pas nécessaire pour que l'action s'éteigne que l'acquéreur soit en possession. — Sans vouloir nier que le mari ait sur les biens dotaux un pouvoir exceptionnel, la conclusion ne nous paraît pas admissible, pour les raisons que nous avons exposées. L'ancien droit était formel en notre sens : enfin, quand le mari aliène seul l'immeuble de sa femme, on ne peut vraiment considérer comme une faveur l'action donnée à cette dernière pour reprendre son bien : cette action n'est donc pas soumise à l'art. 1304.

2° Le mari vend l'immeuble comme dotal. Ici encore l'aliénation n'est pas opposable à la femme qui n'a pas été partie au contrat et qui n'y a pas été représentée, puisque le mari mandataire à l'effet d'administrer, n'a pas qualité pour aliéner (art. 1549 et 1988). C'est encore en revendication que la femme doit directement actionner les tiers détenteurs. Son action ne peut s'éteindre que par une prescription acquisitive de 30 ans, car l'acquéreur sait le caractère dotal de l'immeuble. Le point de départ de cette prescription se détermine comme dans l'hypothèse précédente (1).

Cependant la controverse est vive. Un parti important de la doctrine (2) auquel se rallie notre éminent maître M. Bufnoir, soutient énergiquement que la femme doit procéder par l'action en nullité et que son action s'éteint par la prescription décennale de l'article 1304. Il est impossible, dit-on, de considérer la

(1) Tessier, 2, n° 95.

(2) Aubry et Rau, § 537, t. et n. 39.

femme comme absolument étrangère à l'acte du mari : ce dernier a déclaré l'immeuble dotal, c'est donc qu'il a agi comme administrateur des biens dotaux. — Rien n'est moins certain : si étendus que soient les pouvoirs du mari, rien dans le Code, ni dans la pratique dernière de notre ancienne jurisprudence n'autorise à regarder le mari agissant de sa propre volonté comme mandataire tacite ou gérant d'affaires de sa femme. Puis à côté de l'art. 1560, il y a les art. 1599 et 1988 : on nous dit bien que le premier déroge aux deux autres et doit seul s'appliquer, mais la question reste douteuse, et comme il y a doute, il faut rester dans le droit commun (1).

On nous objecte encore les termes de l'art. 1560 qui parle d'une aliénation faite par le mari seul. Si lorsque l'aliénation est faite par la femme seule ou par les deux époux conjointement les mots : *faire révoquer* de cet article signifient demander la nullité, ils doivent avoir le même sens lorsqu'il s'agit du mari seul ; autrement jamais cette partie du texte ne recevrait d'application. — Quelle est au juste la valeur du reproche ? L'art. 1560 est la sanction de l'inaliénabilité dotale, il en consacre les conséquences ; reportons-nous au principe de cette inaliénabilité, c'est-à-dire à l'art. 1554. L'art. 1560 doit avoir exactement la même portée que lui ; tous deux doivent parler le même langage. Or, de deux choses l'une. Ou, comme le dit M. C. de Santerre (*loc. cit.*), l'art. 1554 défend au mari d'aliéner l'immeuble dotal dont il n'est pas propriétaire ; l'art. 1554 à ce point de vue était sans utilité : faut-il s'étonner que l'art. 1560 soit également et pour le même objet sans utilité ? Ou, comme le prétendent d'ingénieux auteurs (2), l'art. 1554

(1) C. de S., VI, n. 232 *bis*, 9 à 11.

(2) Baudry-Lacantinerie, 3, n^{os} 378 et 407.

édicte une disposition nécessaire : le mari est usufruitier des immeubles dotaux ; cet usufruit est immobilier, c'est donc un immeuble dotal, et il est inaliénable ; si le mari le cède, l'aliénation est nulle, et pour la faire tomber il est nécessaire d'agir en nullité, conformément aux art. 1560 et 1304. — L'art. 1560 s'explique fort bien, comme on voit, et le reproche qu'on nous fait de réduire à néant une partie de ce texte n'est pas sérieux.

Puis, on aperçoit une raison pratique de la décision de la loi. Le mari seul constitue sur l'immeuble dotal qu'il déclare tel une servitude non apparente. La femme ignore l'acte du mari et aucun fait extérieur ne le lui révèle. S'il s'agit d'une prescription extinctive de l'action en nullité, la femme est désarmée ; dix ans après la dissolution du mariage, l'établissement de la servitude est définitif, car rien n'autorise à faire courir la prescription du jour où la femme a connaissance de la servitude. Si c'est une prescription acquisitive, la femme est garantie puisque les servitudes non apparentes ne s'acquièrent pas par usucapion (art. 691) (1).

Enfin, on sait que les rédacteurs ont entendu reproduire les anciennes pratiques. Rien dans les travaux préparatoires, lors de la discussion de l'art. 1560, ne révèle une intention d'innover (2) ; or, nous avons vu qu'on distinguait seulement deux hypothèses, celle où la femme était intervenue en personne ou par un représentant investi d'un mandat en due forme, et celle où le mari avait agi seul, qu'il eût aliéné l'immeuble comme sien ou comme dotal (3). Nous ne devons donc

(1) Comp. C. de S., *loc. cit.*

(2) Locré, *loc. cit.*, et Fenet, 13, p. 656.

(3) Roussilhe, n° 392, distingue bien le cas où le mari a vendu en sa qualité de maître de la dot et des biens de sa femme, et le cas où il a vendu le fonds dotal comme à lui appartenant ;

pas aujourd'hui faire de différence entre les deux cas. La question d'ailleurs ne doit pas être très-pratique, car il n'y a pas sur ce point de jurisprudence.

3° Si le mari a vendu l'immeuble sans rien dire ou en le présentant comme paraphernal, il est évident, après nos explications, que la femme n'a point à agir en nullité, mais qu'elle doit procéder par l'action en revendication; le point de départ de la prescription de son action se fixe comme dans les deux précédentes hypothèses (1).

mais c'est pour savoir si le tiers acquéreur a ou non le droit de réclamer la nullité, et à ce point de vue on comprend très-bien une distinction. Roussilhe, dans ce passage, est muet sur l'action de la femme, et dans les n° 399 à 404, où il parle de cette action, il ne reproduit pas sa distinction. D'ailleurs, il écrit sur la coutume d'Auvergne, qui, à beaucoup d'égards, différerait du droit commun en matière de dotalité. — Voir Tessier, *Dot*, note 806, 2^e vol., p. 110 in f.

(1) Par contrat de mariage, l'immeuble dotal est déclaré aliénable; et il n'a pas été dit que le mari pourrait l'aliéner seul. Le mari, sans le concours de sa femme, aliène cet immeuble. La femme doit-elle agir en nullité ou en revendication? C'est en revendication, par *a fortiori* de ce qui est décidé au texte. D'ailleurs, comme il n'y a plus d'inaliénabilité, l'art. 1560 est hors de cause,

Les créanciers de la femme antérieurs au mariage ou qui le sont devenus pendant le mariage à raison d'un délit ou d'un quasi-délit ont-ils qualité pour exercer du chef de leur débitrice l'action en nullité? Oui, car il n'y a pas là un droit attaché à la personne, au sens de l'art. 1166 (Tessier, *Dot*, 2, p. 86; Demol., 25, n° 87. — Contra: Aubry et Rau, § 537, texte et n. 25; Montpellier, 17 juillet 46; S., 46, 2, 559; Paris, 12 janv. 58; S., 58, 2, 256; Cass., 18 juillet 59; S., 60, 1, 432. — Mais ils ne peuvent exercer l'action que dans la limite du droit de la femme, c'est-à-dire dans les dix ans qui suivent la dissolution du mariage (art. 1166 et 1304 *cbi*). M. Colmet de Santerre (n° 232 *bis*, 6) leur permet d'agir dès l'instant où leur créance est née.

Pendant le mariage, des créanciers ont acquis sur les immeubles dotaux des hypothèques valablement constituées. (Art. 1558). — Ils ont qualité pour demander la nullité des aliénations ou constitutions de droits réels faites contrairement au principe de l'art. 1554 et qui seraient de nature à leur préjudicier. Mais leur action, sanction de leur droit réel, n'a rien de commun avec l'action de la femme. Elle est la sauvegarde nécessaire de leurs intérêts, et non plus une faveur en dehors du droit commun. Elle se prescrit donc par trente ans. A dire vrai, l'acte de la femme ne leur est pas opposable.

CHAPITRE NEUVIÈME

EFFETS DES PRESCRIPTIONS GÉNÉRALES EXTINCTIVES OU ACQUISITIVES SUR LA PRESCRIPTION DE L'ART. 1304

93. — La prescription de l'action en nullité est de dix ans ; mais elle peut se trouver en conflit avec d'autres prescriptions. Comment ce conflit va-t-il se régler ?

94. — I. — Une convention peut être entachée de plusieurs vices : ainsi, un mineur non autorisé contracte par dol. Ce mineur devient majeur ; puis il découvre le dol. Les dix ans courent-ils de la majorité ou de la découverte du dol ? La réponse est facile : là où il y a plusieurs vices, il y a plusieurs nullités, plusieurs actions en nullité : tant que l'une d'elles n'est pas prescrite, l'intéressé peut agir ; il a donc, pour se faire restituer, dix ans à partir du jour où le dernier vice a disparu (1).

(1) Il se pourrait que le demandeur en nullité n'eût pas toujours pour intenter son action dix ans à compter de la dispa-

95. — II. — La prescription de l'art. 1304 peut se trouver en conflit avec la prescription extinctive de trente ans.

Un acte annulable a été fait; trente ans se sont écoulés; le vice qui entachait l'acte n'a disparu qu'au bout de vingt-neuf ans. Si l'action en nullité est intentée deux ans après la disparition du vice, mais trente et un ans après la conclusion de l'acte, le défendeur peut-il opposer la prescription de l'art. 2262, encore que celle de l'art. 1304 ne soit pas accomplie?

Il est des cas où la question ne se pose pas: si le vice de l'acte est l'incapacité du mineur ou de l'interdit, la prescription trentenaire ne peut s'achever avant la prescription décennale, car elle est suspendue pendant la minorité ou l'interdiction, et l'autre ne com-

ritution du dernier vice: s'il avait introduit une action fondée sur le premier vice et que, cette action étant prescrite, il eût succombé. Les principes de la chose jugée ne s'opposent-ils pas à ce qu'il invoque une seconde fois la nullité?

Une des conditions de la chose jugée est l'identité de cause; on ne s'accorde pas sur ce qu'il faut entendre par là, lorsqu'il s'agit d'une action en nullité. La cause, dit une première opinion (Marcadé, *Rev. de lég.*, 1848, p. 325), c'est la nullité de la convention; comme conséquence, sont déduits en justice du même coup tous les moyens de nullité, quels qu'ils soient: il y a pour tous chose jugée. Le Tribunal a jugé que l'action était prescrite: encore que le demandeur n'ait invoqué que sa minorité et que, plus tard, il découvre un dol, il ne peut plus agir, quand même il a découvert le dol depuis moins de dix ans. Dans un second système (Aubry et Rau, § 769, t. et n. 90; Cass., 13 avril 69 S., 69, 1, 405), on distingue la *causa proxima* et la *causa remota*: on réunit dans un seul groupe tous les moyens *causæ remotæ*, à l'aide desquels la cause directe et immédiate peut être prouvée, parce qu'ils concourent tous également à la faire réussir; on fait des catégories, vices du consentement, incapacités. Il faut que les deux vices appartiennent à des catégories différentes, pour qu'il y ait deux actions et que chacune d'elles se prescrive séparément. Un dernier système, le seul vrai, admet autant de causes séparées et distinctes qu'il peut y avoir de vices séparés et distincts dans le consentement ou la capacité des parties. Chaque action se prescrit indépendamment des autres. (Démol., 25, n° 334).

mence à courir qu'à la majorité ou à la main-levée de l'interdiction ; s'il s'agit de la lésion des majeurs, les deux prescriptions ont également un même point de départ : le jour du contrat. Enfin, il faut mettre à part la violence : on ne conçoit guère en fait une violence se prolongeant indéfiniment, et pour qu'un conflit pût naître, il faudrait qu'elle durât plus de vingt ans ; mais s'il se présentait, il y aurait à tenir compte de l'art. 2232, spécialement écrit pour ce vice.

La question se pose quand le vice du consentement est le dol ou l'erreur, qui peuvent n'être découverts que très-tard : c'est la seule hypothèse qui ait été résolue en pratique ; elle se pose encore pour le pourvu d'un conseil judiciaire, si, comme nous l'avons décidé, la prescription de dix ans ne commence à courir contre lui que du jour où son incapacité a cessé ; elle se pose enfin à propos de l'action des femmes mariées non autorisées : il arrive souvent, en effet, que le mariage dure plus de trente ans après que l'acte annulable a été souscrit : la prescription trentenaire est alors accomplie, avant que l'autre ait seulement commencé à courir.

Faut-il, dans toutes ces hypothèses, appliquer l'art. 1304 seul, et exclusivement de l'art. 2262 ? Faut-il, au contraire, appliquer les deux prescriptions, chacune selon ses règles propres ?

S'il ne fallait pas compter avec les textes, nous n'hésiterions pas à décider que les deux prescriptions s'appliquent concurremment, que la première accomplie éteint l'action en nullité ; nous dirions : cette action est une faveur, une dérogation au droit pur : il est impossible que sa durée dépasse celle des autres actions ; l'art. 1304, écrit pour que cette durée soit moindre que trente ans, ne peut servir à la prolonger au-delà de trente ans ; écrit pour protéger les tiers et asseoir le crédit public,

il ne peut avoir pour résultat de rendre plus incertaine la position de ces tiers et plus fragile ce crédit !

Malheureusement, on ne saurait appliquer l'art. 2262 à l'action en nullité. L'art. 2262 régit les actions qui sanctionnent un droit, les actions qui sont véritablement des actions; il ne régit pas les actions qu'une faveur de la loi concède, les actions qui sont des restitutions. Ces restitutions ont été de tout temps classées à part; elles ont eu leur durée propre et indépendante. L'art. 1304 est donc aujourd'hui le seul qui les concerne. D'ailleurs l'art. 2264 suffirait pour imposer cette solution. Nous ajouterons que sans texte formel une même action ne peut être à la fois prescriptible et imprescriptible, et c'est ce qui arriverait, si l'on appliquait concurremment à l'action en nullité l'art. 1304 et l'art. 2262.

Ainsi l'art. 1304 s'applique seul; mais il faut bien reconnaître qu'en certains cas on arrive à des résultats manifestement contraires au but du législateur (1).

C'est pour se soustraire à d'aussi fâcheuses conséquences que quelques auteurs (2) ont essayé de soutenir l'opinion contraire. Leur unique argument repose sur l'art. 2262 : « Toutes actions... se prescrivent par trente ans; » or, qui dit tout n'excepte rien; et l'on écarte l'art. 2264 en montrant, ce qui est vrai, que les deux prescriptions ne sont pas inconciliables. Il semble cependant qu'il y ait en faveur de cette opi-

(1) En ce sens, M. Valette, *Mélanges*, 2, p. 1; Demol., 23, n° 165; Laromb., 1304, n° 29. — Le projet de Code civil allemand adopte la solution contraire: le délai pour faire valoir la nullité est d'un an à partir de la disparition du vice, mais on admet concurremment la prescription de trente ans, courant de la date de l'acte. (*Bulletin de la Soc. de lég. comp.*, fév. 1889, p. 157 et 158.)

(2) Laurent, 19, n° 53; Aubry et Rau, § 339, t. et n° 42; Paris, 32 juil. 53; S., 54, 2, 49.

nion un argument bien autrement concluant : la prescription décennale est une confirmation présumée; il s'agit donc avant tout de la validation d'un acte vicié et, par conséquent, la règle de validation écrite à l'art. 1304 ne fait pas obstacle à la règle de prescription pure, écrite à l'art. 2262. (V. n° 19.)

Aucun de ces arguments ne saurait nous convaincre, cela se devine sans peine. D'ailleurs nos adversaires ne se sont expliqués que sur les vices du consentement, et, plus spécialement, sur le dol. Ils n'ont pas fait connaître leur sentiment sur l'action de la femme mariée. Ce silence suffit, assure M. Demolombe, pour condamner leur doctrine. Seuls MM. Aubry et Rau, sans formuler autrement que les autres leur opinion sur l'art. 1304, semblent bien cependant admettre que l'art. 2262 s'applique à d'autres actes que ceux viciés par le dol et l'erreur, car nous avons rencontré au sujet de la femme dotale une de leurs décisions qui présuppose cette prémisse (1).

96. — III. Quelle est l'influence de la prescription acquisitive sur la prescription de l'art. 1304?

Le débat peut avoir lieu entre les parties qui ont conclu l'acte annulable; il peut se présenter aussi entre le demandeur en nullité et un ayant cause du défendeur?

A. — Supposons d'abord qu'il n'y ait en présence que les deux parties contractantes. Un immeuble a été vendu; l'acquéreur a reçu livraison; sa possession réunit toutes les conditions requises par l'art. 2229 et s'est prolongée suffisamment; si l'action en nullité

(1) Aubry et Rau, § 339, t. et n. 42; § 537, t. et n. 40. — Voir Valette, 1, p. 34, note 2 et p. 35, note de MM. Lyon-Caën et Renault.

n'est pas prescrite et que le vendeur l'exerce, l'acheteur peut-il la repousser et se dire propriétaire, car il était de bonne foi et dix ans se sont écoulés, ou il n'était pas de bonne foi, mais la vente remonte à plus de trente ans ?

Il semble à première vue que l'acquéreur puisse invoquer à son profit la prescription acquisitive. Cette prescription est fondée sur la possession. On protège la possession pour elle-même et quel que soit le possesseur. Toute possession qui dure le temps fixé par les lois se transforme en propriété. Il n'y a d'exception que s'il s'agit d'un possesseur précaire, d'un possesseur qui possède pour autrui et non pas pour lui-même. Or, dans notre hypothèse, que l'acquéreur connaisse ou non le vice de son titre, il possède pour lui, il entend devenir propriétaire, ou plutôt il l'est dès aujourd'hui, puisque le contrat produit tout son effet, jusqu'à la sentence d'annulation, et il espère ne jamais cesser de l'être. Après le temps requis, on pourrait croire la prescription accomplie et la propriété incommutable. Cependant, il n'en est rien.

Tout droit est réel ou personnel, s'exerce sur une chose ou contre une personne. Or, le demandeur en nullité ne s'appuie pas sur un droit réel : il ne peut réclamer directement l'objet qu'il a eu l'imprudence d'aliéner, car le contrat, quoique imparfait, en a transféré la propriété. Le droit du demandeur a donc nécessairement pour fondement une obligation personnelle dont est tenu son cocontractant (1).

(1) Si ce cocontractant a employé des manœuvres frauduleuses, il est aisé de voir sur quoi repose son obligation : c'est sur une faute contractuelle ou sur un délit ; s'il a simplement profité d'une situation qu'il connaissait, mais qu'il n'a ni provoquée ni cherchée, il est déjà plus difficile de trouver un motif à sa responsabilité : pourtant, il a manqué gravement à un devoir

Mais aucune prescription acquisitive ne peut servir à celui qui est tenu d'une obligation personnelle. C'est en vain qu'il voudrait dégager sa propriété; sa personne, reste liée par un *vinculum juris* que la prescription libératoire n'a pas encore rompu.

Ainsi, quand les deux parties qui ont conclu l'acte annulable sont seules en présence, le défendeur, pour écarter l'action en nullité de son adversaire, ne peut invoquer aucune prescription acquisitive; il ne peut non plus invoquer la maxime de l'art. 2279. De là l'importance de la question de savoir si l'art. 2262 s'applique à l'action en nullité; la jurisprudence, influencée par les besoins pratiques, s'est prononcée pour l'affirmative; nous avons vu qu'il est impossible malheureusement d'adhérer à cette solution.

Il ne faut pas cependant croire que le défendeur de bonne foi soit toujours désarmé et qu'il n'ait jamais le moyen de se faire indemniser du préjudice que lui cause l'annulation du contrat. Il aura droit à des dommages-intérêts, car *nemo ex alterius facto prægravari debet* (1). Il est vrai que cette indemnité pécuniaire sera souvent insuffisante et que l'insolvabilité du débiteur est à craindre; il est vrai encore qu'elle

de morale et de stricte honnêteté; en tout cas, il a été bien imprudent et s'est volontairement exposé à des risques. Mais s'il a été d'une entière bonne foi, s'il a ignoré le vice de l'acte, et cela peut arriver même aux plus diligents, il n'est pas aisé de dégager la base de son obligation. Sans doute, on peut dire qu'en contractant il a tacitement accepté les risques éventuels de l'opération, inconnus encore mais susceptibles d'apparaître un jour; qu'il a pu prévoir la possibilité d'une incapacité chez l'autre partie, d'un vice de son consentement, et qu'il s'est tacitement engagé à réparer les conséquences de ce vice, de cette incapacité: il y aurait ainsi une sorte d'obligation contractuelle. La vérité est qu'il y a là une obligation imposée par la loi comme moyen de protéger efficacement certains individus; elle a sacrifié pour un intérêt jugé plus légitime l'intérêt cependant si juste du cocontractant de bonne foi.

(1) Aubry et Rau, § 343 *bis*, t. et n. 9; Demol. 24, n^o 103 et 113.

ne peut être exigée d'un incapable; mais enfin, il est des cas où le défendeur sera rendu indemne de sa perte, et cela vaut mieux que rien.

B.) L'acquéreur a aliéné tout ou partie de ses droits. Ses ayants cause restent-ils, eux aussi, exposés à l'action du demandeur, tant qu'elle n'est pas éteinte par la prescription décennale? ou, plus heureux que lui, peuvent-ils invoquer le secours de l'usucapion?

Secundus a acquis de Primus et revend à Tertius; comme on ne peut transmettre plus de droits qu'on n'en a soi-même, si nous supposons le titre de Secundus annulable au profit de Primus, et que ce dernier le fasse annuler, Tertius se trouve avoir acquis *a non domino* et être simple détenteur de la chose d'autrui.

Ce qui empêche Secundus d'invoquer l'usucapion, quelque laps de temps qu'ait duré sa possession, c'est son obligation personnelle envers son vendeur; Tertius, ayant cause à titre particulier, ne succède pas à cette obligation, rien ne l'empêche donc d'invoquer la prescription acquisitive; il a un droit que n'avait pas son auteur, mais il ne faut pas s'en étonner, puisque ce droit, il l'invoque de son chef à lui et non du chef de son auteur. Son titre, à lui, est parfait; seul, le titre de son auteur est vicié : c'est le défaut de droit chez son auteur qu'il doit purger, et l'usucapion va produire ce résultat. S'il a juste titre et bonne foi, Tertius pourra opposer la prescription de dix à vingt ans; s'il s'agit d'un meuble, il pourra, dans les conditions de l'art. 2279, invoquer la règle : en fait de meubles, possession vaut titre. S'il est de mauvaise foi, il ne pourra opposer que la prescription trentenaire. Mais, si long que soit ce délai, il n'est pas inutile de lui reconnaître ce droit. Secundus peut avoir aliéné quelques jours après son acquisition et le vice de son con-

trat peut n'être découvert que quarante ans après, par exemple. En ce cas, Secundus reste tenu de l'action en nullité. Tertius ne peut donc invoquer la prescription de l'art. 1304 ; il ne peut pas davantage invoquer la prescription extinctive de l'art. 2262, puisqu'elle est étrangère aux nullités ; il a donc grand intérêt à pouvoir opposer l'usucapion, même trentenaire.

En résumé, entre les parties au contrat annulable, il ne peut être question que de la prescription décennale, et cette prescription est exclusive de toute autre prescription libératoire ou acquisitive ; seuls, les ayants cause à titre particulier du défendeur peuvent opposer l'usucapion.

CHAPITRE DIXIÈME

DE L'EXCEPTION DE NULLITÉ

97. — La nullité peut être invoquée par voie d'action, et c'est l'hypothèse directement prévue par l'art. 1304 ; elle peut aussi être proposée sous forme d'exception, et c'est alors une question que de savoir si l'art. 1304 s'applique à cette exception. Au cas d'un acte inexistant, le prétendu débiteur qui aurait exécuté a trente ans pour répéter ce qu'il a indûment payé ; s'il n'a pas exécuté, il repoussera l'action du créancier, même après trente ans. Au cas d'un acte seulement annulable, le débiteur, s'il n'a pas exécuté, et qu'il n'ait cependant pas fait annuler son obligation, peut-il repousser la demande du créancier agissant après dix ans ? Privé du droit de proposer la nullité par voie d'action (art. 1304), conserve-t-il, comme dernière ressource, le droit de la proposer par voie d'exception ? En d'autres termes, faut-il appliquer la maxime : *Quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum* ?

La question est vivement controversée et la solution est des plus délicates.

98. — La presque unanimité des auteurs et la jurisprudence se sont déclarés pour la perpétuité de l'exception ; la maxime : *Quæ temporalia....* s'appliquerait encore aujourd'hui, bien qu'aucun texte de nos lois ne la consacre, et bien qu'elle ait été expressément pros-crite par l'ordonnance de 1539.

Elle est en effet une conséquence nécessaire de la théorie des prescriptions. M. de Savigny (1) a fait un exposé remarquable de cette doctrine. Il suppose que le défendeur a tout à la fois une action et une excep-tion, et que la première est prescriptible : il se de-mande si la seconde doit l'être aussi. « On pourrait croire que la cause la plus générale de la prescrip-tion, la négligence, se retrouve ici ; car en fait le titu-laire pouvait agir et il n'a pas agi ; non.... la négligence qui motive la prescription de l'action consiste en ce que le titulaire s'abstient d'exercer une action qui lui rendrait la jouissance d'un droit dont il est privé ; mais celui dont nous parlons jouit de la partie essentielle de son droit, l'action qu'il laisse prescrire aurait pu mettre cette jouissance sous la protection de formes plus complètes, mais sans changer essentiellement sa position.... Le principal but de la prescription est d'as-surer une sécurité complète à un état de choses qui a subsisté *sans trouble* pendant nombre d'années. Mais ici celui qui invoquerait la prescription de l'exception n'a jamais eu la jouissance de cet état paisible : c'est toujours un rapport équivoque, incertain, et qui depuis longtemps aurait dû le déterminer à agir, quoique la prescription de l'action ne fût pas encore accomplie. etc., etc. »

Ainsi, en raison, la maxime *Quæ temporalia....* s'im-

(1) *Traité de Droit romain*, t. 5, § 254, trad. Guenoux.

pose. Les textes la rejettent-ils ? Nullement : l'art. 2262 ne restreint que la durée des actions : il ne parle ni des exceptions ni des défenses : c'est donc qu'elles sont perpétuelles. L'art. 1304, lui aussi, ne limite que la durée de l'action en nullité ou en rescision, il est muet sur la durée de l'exception : c'est que l'exception de nullité, comme toutes les autres, est perpétuelle. L'ancien droit n'est pas moins formel : il est vrai que l'ordonnance de Villers-Cotterets déclare l'exception prescriptible, ce qui fit dire à Dumoulin : *in hoc iniqua constitutio* ; mais elle ne fut jamais suivie en ce point et sa disposition finit par tomber en désuétude. C'était en effet une règle incontestée de notre ancienne jurisprudence que « tant dure l'action, tant dure l'exception », ce qui s'explique, car la défense est le droit naturel, et tant que l'attaque est permise, la défense doit l'être aussi. « Cette règle », disait Bretonnier, « est triviale au Palais » (1). Enfin décider autrement ce serait vouloir assurer le triomphe de l'erreur, de la fraude et de la violence. Le titulaire de l'action en nullité peut en effet ignorer l'existence de la convention fautive : c'est par exemple un interdit qui a vendu un de ses immeubles ; mais la vente n'a pas reçu d'exécution : le punir de ce qu'il n'a pas fait dans le délai de dix ans annuler le contrat qu'il ignore serait aussi injuste qu'odieux ! (2)

99. — Voilà exactement exposée l'opinion qui a triomphé en doctrine et en jurisprudence. Malgré la force de ces arguments et bien que d'aussi puissantes raisons puissent faire hésiter, cette opinion ne nous

(1) Sur Henrys, t. 2, l. 4, quest. 61.

(2) Aubry et Rau, § 339, t. et n. 29 ; Demol., n° 137 et suivants ; Cass., 21 juin 80 ; S., 81, 1, 297.

semble pas celle de la loi, du moins lorsqu'il s'agit de l'action en nullité : elle est en complet désaccord avec la théorie vraie de l'art. 1304. Il est possible (1) que d'une manière générale la maxime *Quæ temporalia...* soit encore de nos jours applicable et qu'elle résulte tout à la fois du silence de l'art. 2262 et des principes en matière de prescription : nous n'avons pas à résoudre cette question ; mais ce qui nous paraît certain, c'est que cet adage ne concerne pas l'exception de nullité.

Nous nous sommes si fortement appuyés sur le droit ancien pour justifier notre manière d'interpréter l'art. 1304 et développer la théorie qui, à notre avis, y est renfermée, que, si l'ancien droit était tel qu'on nous le présente, nous éprouverions un véritable scrupule à nous séparer ici de nos autorités habituelles. Mais, il s'en faut que nos adversaires aient exposé l'exacte vérité sur le point qui nous occupe, et ils ont été victimes d'une illusion.

100. — On ne peut sérieusement songer à invoquer le droit romain ; car les motifs qu'on alléguait alors (2) ne correspondent plus à l'état de choses actuel : ils étaient déjà depuis longtemps oubliés, quand nos vieux praticiens soutenaient la perpétuité de l'exception, et les auteurs (3) avaient compris la nécessité d'établir leur opinion sur un fondement plus solide.

Merlin (4) nous dit, à propos de l'action en nullité, et en se référant à l'ancien droit : « La règle *Quæ temporalia* n'est pas aussi générale que l'enseignent la plupart des docteurs. » et (5) « elle est tous les jours citée

(1) V. art. 317 ; Demol., 5, n° 147 ; Giscard, *Thèse de Doct.*, 1888.

(2) V. l. 5, § 6, D., XLIV, 4 ; l. 5, C. VIII, 36.

(3) Henrys, notamment.

(4) *Rép.*, v° *Nullité*, § 8, n° 2.

(5) V° *Presc.*, sect. 2, § 25, n° 1.

au barreau comme une de ces vérités élémentaires qui portent leur preuve avec elles-mêmes, et cependant elle serait fort douteuse, ou plutôt elle devrait être tenue pour fausse, si l'on en était réduit à la juger d'après les arguments des jurisconsultes qui la professent, notamment Imbert (1), Papon (2), Henrys (3) et Brunnemann (4) : bien plus, elle n'aurait ni sens ni objet, à la manière dont plusieurs d'entre eux la comprennent. » Ainsi, Merlin estimait les raisons invoquées par ces auteurs, si peu concluantes que, pour soutenir la même opinion qu'eux, il rejette leur témoignage : il précise encore plus : si l'on en était réduit à juger cette opinion, d'après ce qu'ils disent, il faudrait la déclarer fausse, dénuée d'objet et vide de sens.

Le jugement sévère de Merlin sur ses devanciers se conçoit aisément ; il veut soutenir une opinion, cherche un appui dans la pratique ancienne, et, malgré l'apparence, s'aperçoit que cet appui lui manque : de là son dépit. C'est qu'en effet, la maxime *Quæ temporalia* était universellement professée, mais, dans l'application, elle était si restreinte, qu'on peut sans hésiter dire que c'était une règle purement nominale, ou, selon l'expression de Merlin, dénuée d'objet.

Henrys, un des auteurs les plus développés sur la question, après avoir critiqué Imbert et Papon, distingue, d'une part, les exceptions viscérales et connexes qui procèdent de la chose même, telles que le dol, la violence, la lésion : elles sont perpétuelles, car elles sont inséparables de l'action : et, d'autre part, les exceptions qui sont étrangères à l'action, qui n'ont

(1) Ench., v^o *Exception*.

(2) *Notaires*, 2, liv. 9, tit. des exc. pérempt.

(3) T. 2, liv. 4, quest. 44.

(4) *Com. in Cod.*, l. 6, III, 36.

avec elle ni connexité ni dépendance, et tiennent de la reconvention : elles s'éteignent par prescription. Ainsi, l'exception est ou n'est pas perpétuelle, selon qu'elle est ou non séparable de l'action du contrat : n'est-ce pas alors par un défaut d'analyse qu'on déclare l'exception de dol ou de violence inséparable de l'action ? La nullité peut, en effet, être proposée par voie d'action, et quelle que soit l'attitude du titulaire de l'action du contrat ; la règle *Quæ temporalia* ne devrait donc pas s'appliquer même aux exceptions viscérales. C'est si vrai, qu'Henrys lui-même oublie sa distinction, et, comme avaient fait avant lui Jean Faber et Imbert, déclare prescriptibles certaines exceptions viscérales (1). Brunnemann (2) reconnaît bien l'existence de la règle *Quæ temporalia*, mais il y apporte de telles restrictions, qu'il ne reste plus un seul cas où elle puisse s'appliquer (3). Enfin, Antoine Faber (4), invoquant l'autorité de Paul de Castro, dit expressément qu'on ne peut mettre au rang des exceptions perpétuelles celles qui peuvent être proposées par voie d'action. « S'il en est ainsi », s'écrie Merlin, « que devient la règle *Quæ temporalia* ? Evidemment, elle se trouve sans objet et n'a plus de sens, puisqu'elle ne porte que sur le cas où il y a concours d'une action temporaire avec une exception. »

Merlin s'efforce d'établir que ces auteurs se sont trompés : nous ne le pensons pas ; mais quand bien même ils se seraient trompés, quand bien même leurs raisonnements seraient faux, il n'en est pas moins vrai que leur opinion est la tradition exacte de l'ancien

(1) V. Merlin, *loc. cit.*

(2) *Loc. cit.*, et l. 5, § 6, D. XXIV, 4 ; l. 5, C. VIII, 36.

(3) Notamment, il déclare prescriptible *l'exceptio in integrum restitutionis*.

(4) *Rat. in pand.*, l. 9, § 4, XII, 2.

droit. Il y a là une règle nominale, sans application pratique ; il n'y avait qu'un pas à faire, pour dire que la règle n'existe point : ce pas, le Code l'a franchi. D'ailleurs, l'ordonnance de 1539 avait déjà donné l'expression théorique de cette vérité, en déclarant dans son art. 134 « qu'après l'âge de trente-cinq ans parfaits et accomplis, ne se pourrait pour le regard du privilège en faveur de minorité, plus déduire ou poursuivre la cassation des contrats, en demandant ou en défendant (1). » Dumoulin a bien dit, à propos de cette ordonnance : *in hoc iniqua constitutio* ; mais son jugement nous est singulièrement suspect ; après tout, l'ordonnance ne faisait que consacrer l'état de choses existant : car les commentateurs attestent qu'elle ne faisait que consacrer la pratique du temps fondée sur les lois 9, § 4, D., XII, 2 ; 8, § 13, D., V, 2 ; 14, c. IV, 30 (2). Nous savons, en outre, que l'illustre auteur a prodigué les épithètes d'injustes et d'iniques à toutes les innovations en matière de nullité, et qu'il se mettait ainsi en contradiction avec la plupart de ses contemporains, qui accueillirent ces réformes avec une joie non dissimulée.

(1) On prétend que cette partie de l'ordonnance tomba en désuétude. Il est cependant à remarquer que, comme exemple d'exception perpétuelle, les vieux auteurs ne citent guère l'exception de minorité : Henrys ne parle que de dol et de violence ; Louet, très-étendu sur la restitution des mineurs, ne dit rien de notre question, pas plus que Meslé, dans son *Traité de la Minorité* (voir son ch. 14, notamment). Dunod (*Presc.*, p. 79), dit bien que l'exception de minorité est perpétuelle ; mais, comme il écrit sur la coutume de Bourgogne et que nos ordonnances ne s'appliquèrent en ce pays qu'à partir d'un édit de juillet 1707, il y a peut-être là un souvenir d'anciennes pratiques ; il serait peut-être téméraire de généraliser.

(2) M. Giscard, *loc. cit.*, p. 10, critique cette interprétation de la loi 9, § 4 ; que ce soit une interprétation erronée, soit : mais encore une fois, c'était l'opinion courante, et cela nous suffit.

101. — Voilà donc l'ancien droit écarté du débat, ou plutôt revendiqué par nous. Quels autres arguments nous opposent nos adversaires ?

La défense est de droit naturel : tant que l'attaque est possible, le moyen de la repousser échappe à toute prescription. Sans doute ; mais ce n'est vrai que si la loi n'a pas subordonné l'invocation de ce moyen à des conditions qui, dans l'espèce, font défaut ; ainsi, dans certains cas, une preuve écrite est nécessaire pour établir un droit ; l'intéressé succombera, s'il n'a pas cet écrit ; de même ici, la loi accorde dix ans pour proposer la nullité : les dix ans écoulés, le défendeur n'a plus d'arme contre le demandeur et doit succomber. C'est ce que dit fort bien un arrêt (1) : « Au surplus, la maxime *Quæ temporalia* est sans application toutes les fois que la loi assujettit la partie qui l'invoque à agir dans un délai déterminé. »

On s'émeut des inconvénients pratiques de notre opinion ; on cite l'exemple d'un interdit qui aurait contracté dans un accès de démence ; revenu à la raison et relevé de son incapacité, il ignore l'acte qu'il a souscrit et que ne révèle aucune modification apparente de son patrimoine ; il est désarmé, si l'autre partie, par un odieux calcul, attend dix années avant de réclamer l'exécution du contrat ! Selon nous, l'ancien interdit peut se défendre, car il n'a pas donné de consentement et l'acte est inexistant. M. Demolombe (2) dit que c'est là un expédient pour conjurer un résultat déplorable d'une fausse doctrine ; le reproche est aussi injuste qu'immérité. D'ailleurs est-ce que la loi ne fait pas courir la prescription contre ceux qui ignorent leurs droits, alors même

(1) Agen, 7 juillet 36 ; S., 36, 2, 569.

(2) 29, p. 136.

qu'il n'y a aucune négligence à leur reprocher! Pourquoi se départirait-elle en faveur de l'interdit de son habituelle rigueur?

On invoque le silence de l'art. 1304 au sujet de l'exception de nullité. Mais, comme dit M. Colmet de Santerre(1) : « Un droit existe ou il n'existe pas ; s'il existe, on le fait valoir soit par des actions, soit par des exceptions ; et si l'on n'a pas d'action, c'est que le droit n'existe pas : ce qui exclut l'idée qu'il puisse être invoqué même par voie d'exception. »

102. — Il ne nous reste plus qu'un argument à réfuter : celui que M. de Savigny a si nettement exposé. La perpétuité de l'exception serait une conséquence nécessaire de la théorie des prescriptions. « Toute prescription, quelle qu'elle soit, a pour but de consacrer en droit un état de fait qui existe depuis un certain temps ; or, l'état de fait ici est la possession et la jouissance du défendeur. C'est la situation que le temps doit consolider ; si, quand le créancier agit après dix ans, le débiteur n'a plus d'exception, il devra exécuter, et la prescription aura ainsi bouleversé les possessions et l'état de fait, pour créer une situation nouvelle. » Cette considération est aussi celle qui a déterminé l'opinion de Merlin et de M. Demolombe ; c'est d'après ce dernier que nous avons reproduit l'argument.

Si l'on compare la formule de M. Demolombe et celle de M. de Savigny, pour exprimer une même idée, on ne peut s'empêcher de faire une remarque. M. Demolombe, très-concis, ne dit qu'une parole, mais il la croit décisive : les principes seraient violés,

(1) T. V, 365 *bis*, IV.

car la prescription créerait une situation nouvelle. M. de Savigny, au contraire, croit devoir accumuler raisons sur raisons ; mais, parmi elles, n'apparaît pas celle que M. Demolombe juge si lumineuse. C'est pour le moins singulier, d'autant plus que la plupart de ses raisons semblent moins concluantes. Au fond, le silence de M. de Savigny est facilement explicable : il avait bien aperçu que c'était là le point faible de sa doctrine.

Un point incontestable, c'est qu'à propos des nullités ou rescisions, il ne peut être question que d'une prescription extinctive, et qu'il ne faut pas, comme fait Merlin, appliquer des règles écrites pour l'usuca-pion. Dès qu'on est pénétré de cette vérité, on découvre l'illusion de nos adversaires,

Quelle situation notre prescription doit-elle consolider ? Est-ce la possession du défendeur ? Evidemment non. Par rapport à la nullité, l'état de fait, c'est qu'il y a un contrat ; l'état de droit, c'est que ce contrat est susceptible d'être annulé. Les délais expirés, le contrat ne peut plus tomber, l'état de fait devient inatta-quable ; c'est lui que la loi sanctionne désormais. Mais c'est là précisément l'effet ordinaire de toute pres-cription, et c'est la solution contraire qui violerait les principes.

Supposons le contrat parfait. Le créancier aura pour en demander l'exécution trente ans ou même plus, si la prescription est suspendue à son profit. Il peut fort bien arriver que le débiteur ignore l'exis-tence de la dette : il s'agit par exemple d'une obliga-tion souscrite par un *de cujus* et dont il n'y a pas trace dans les papiers de la succession. Les héritiers ne savent rien du danger qui les menace ; et cepen-dant dans trente, dans quarante ans, ils seront con-

traints de payer. En bonne justice, quand il en est ainsi d'un acte parfait, serait-il concevable que la loi eût permis à ces héritiers de se soustraire au paiement en profitant d'une imperfection du contrat ? Il y aurait alors de sérieux avantages pour qui n'apporte à la conduite de ses affaires qu'insouciance, faiblesse ou légèreté. Les héritiers souffriraient de la diligence de leur auteur ! Ou bien faudrait-il distinguer entre les cas où le consentement a été vicié, et ceux où il s'agit d'une incapacité, par exemple d'un interdit découvrant un acte passé par lui dans un accès de démence ? d'un mineur découvrant un acte fait par son tuteur (1) ? d'héritiers découvrant un acte accompli par *de cujus*, mineur, interdit ou femme mariée ? Cette distinction ne reposerait sur aucune base ; il n'y a pas de moyen terme : si l'exception est perpétuelle, elle l'est toujours et dans tous les cas, et l'iniquité du résultat est manifeste !

103. — Ce qui a trompé nos adversaires, c'est une confusion entre deux situations que l'analyse sépare. Si le contrat est parfait, tant que l'action du créancier subsiste, le débiteur est obligé de s'acquitter ; cette action prescrite, le débiteur ne doit plus rien. C'est que si, en droit, il était obligé, en fait, il se conduisait comme s'il ne l'était pas, et le temps a consacré l'état de choses apparent. En quoi cette situation est-elle modifiée par la circonstance que l'obligation est annulable ? C'est qu'à l'égard du créancier, le débiteur devient titulaire d'un droit ; par contre, tant qu'il ne l'exerce pas, l'autre a pour lui l'état de fait inverse. Chaque partie jouit à la fois d'un état de droit et d'un

(1) En effet, la question de pouvoirs doit ici être traitée comme une question de capacité. (V. n° 76).

état de fait, indépendants entre eux, mais qui sont corrélatifs, d'une partie à l'autre. Chacun des deux états de droit peut se perdre par non usage, et fatalement alors l'état de fait inverse est érigé en droit. Soit une obligation annulable pour dol : l'état de fait, par rapport à la prescription libératoire de trente ans, commence du jour où le créancier a pu réclamer le paiement ; par rapport à la prescription de l'art. 1304, il ne commence que du jour où le débiteur découvre le dol ; dix ans après cette découverte, si le débiteur n'a pas fait annuler le contrat, le second état de fait est érigé en droit c'est-à-dire que l'existence du contrat est désormais assurée ; mais le premier état de fait persiste ; s'il dure trente ans, le débiteur pourra se soustraire au paiement ; mais s'il dure moins de trente ans, c'est-à-dire si le créancier agit avant l'expiration de ce délai, le débiteur doit s'acquitter, et ce n'est que justice.

104. — Ces résultats sont en complète harmonie avec la théorie de l'art. 1304. Un acte juridique doit être définitif ; il doit conférer aux parties contractantes un titre inattaquable, qui puisse devenir un fondement solide à d'autres droits. Qu'une des parties, en consentant l'acte, ait été trompée : c'est une faute ou un malheur ; mais l'intérêt social ne permet pas d'en tenir compte. Cependant, la loi, par un sentiment d'équité, autorise parfois la rétractation du consentement donné, et l'acte va tomber ; mais c'est à la condition que tout soit fini dans un bref délai, et que le titre apparent, résultant de l'acte, disparaisse rapidement, pour faire place à une autre situation, à un autre titre, définitif cette fois. Ce qui est prohibé et ce que la loi autorise par faveur, c'est

la nullité, c'est la rétractation ; qu'importe le moyen, action ou exception, de proposer cette nullité ? La prescription de l'art. 1304 n'est pas destinée à laisser la possession d'un immeuble là où elle est ; sans doute elle aura le plus souvent ce résultat, parce qu'ordinairement on ne fait pas un contrat pour ne pas l'exécuter, ou pour ne l'exécuter qu'après de longues années. Elle est destinée à rendre à l'opération viciée la perfection qui seule peut assurer la sécurité des tiers qui traitent sur la foi de cette opération. L'intérêt du débiteur sera le plus souvent sauvegardé par la prescription trentenaire qui enlève au créancier son action, et, en cela, il est aussi juste que naturel de voir tous les débiteurs, qu'ils soient tenus en vertu d'un contrat parfait ou en vertu d'un contrat annulable, jouir d'une protection égale. Quelquefois, le malheureux débiteur sera désarmé, et cela dans des circonstances vraiment fâcheuses ; mais cela n'est pas une conséquence de notre système ; cela tient à l'imprévoyance de la loi qui n'a pas songé à lui ; d'ailleurs, cela arrive aussi bien lorsqu'il s'agit d'actes parfaits. Enfin, s'il résultait des circonstances que le créancier, conscient de l'ignorance du débiteur au sujet de la dette, n'a agi après dix ans que pour échapper à l'exception de nullité ; il y aurait peut-être lieu d'accorder au débiteur une action en dommages-intérêts, fondée sur la conduite frauduleuse de son adversaire.

105. — En résumé, l'exception de nullité est prescriptible par dix ans comme l'action, et cette solution est aussi conforme aux résultats habituels de la prescription (1) qu'en parfaite harmonie avec la théo-

(1) Les arguments de M. de Savigny ne prouvent rien contre

rie spéciale de l'art. 1304. Les auteurs qui soutiennent l'opinion contraire ont confondu la restitution envisagée comme moyen de protection, et la restitution envisagée comme action. L'imprescriptibilité de l'exception leur est apparue comme se rattachant à l'idée de protection, lorsqu'en réalité elle se rattache exclusivement à l'idée d'action. C'est si vrai qu'on peut assurer efficacement la protection des intéressés, tout en déclarant l'exception prescriptible (v. n^{os} 112 et 117). Seulement, il faut reconnaître que le Code n'a pris aucune mesure pour assurer cette protection. En tout cas, il aurait peut-être dû prévoir qu'un titre imparfait invoqué tardivement jette le trouble dans la propriété : il est vrai qu'il en est de même d'un titre parfait dont on néglige de réclamer l'exécution immédiate, et qu'on invoque après vingt ou vingt-cinq ans (1).

nous; ils confondent les deux prescriptions qui courent en la personne du titulaire de l'action en nullité, l'une à son profit l'autre contre lui.

(1) Dans le sens de la prescriptibilité de l'exception de nullité; Colmet de Santerre, t. V, n^o 265 *bis*, VI à VIII; Laurent, 19. n^o 57; Toulouse, 18 nov. 36: S., 37, 2, 324; Gand, 2 février 34, 19 janv. 41: Pasiricrie, 34 2, 29, 41, 2, 75.

CHAPITRE ONZIÈME

DE LA PRESCRIPTION DE L'ACTION EN NULLITÉ OU EN RESCISION, EN DROIT INTERNATIONAL

106.— Nous avons toujours supposé que la loi française s'appliquait à l'action en nullité. C'est en effet ce qui chez nous arrivera le plus souvent ; car c'est entre les membres d'une même nation et relativement à des objets situés dans le pays même qu'encore aujourd'hui, malgré le développement des rapports internationaux, se fait le plus grand nombre des transactions. Mais si les deux parties contractantes appartiennent à des nationalités différentes, quelle loi doit régir la prescription de l'action en nullité ? Plusieurs lois peuvent à des titres divers être indiquées : comment résoudre le conflit ?

« Pour entourer le problème de toutes les complications qu'il comporte, » dit M. Labbé (1), « on peut sup-

(1) S., 69, 1, 49.

poser què le créancier et le débiteur diffèrent de nationalité, que l'obligation a pris naissance dans un lieu où ni l'une ni l'autre des parties contractantes n'était domiciliée, et que l'exécution doit se faire dans une contrée et sous une législation, distinctes à la fois et de celles des domiciles des parties et de celle qui a vu naître l'obligation. » On voit immédiatement entre quelles lois le conflit va s'élever : laquelle doit triompher ?

107. — Six opinions principales ont été soutenues, et les auteurs, à de rares exceptions près, confondent toutes les prescriptions dans une même formule ; ils n'étudient pas à part l'extinction de l'action en nullité.

La loi cherchée est :

1° Celle de toutes les lois en conflit qui est la plus favorable au créancier (1).

2° La loi du domicile du créancier (2). Le titulaire d'un droit ne peut en être dépouillé que par une loi à laquelle il est soumis. — Mais la prescription modifie tout aussi bien la condition légale du débiteur que celle du créancier ; à défaut d'une loi qui régisse les deux parties, pourquoi préférer le créancier qui attaque au débiteur qui se défend ? Nous ajouterons que, pour mettre d'accord cette opinion, tirée des principes anciens, avec le droit nouveau, il faudrait peut-être remplacer la loi du domicile par celle de la nationalité.

3° La loi du lieu où l'obligation doit être exécutée (3) : la prescription est en effet une présomption d'exécution.

(1) Titmann, cité par Laurent (*Dr. int.*, 8 n° 249.)

(2) Pothier, *Presc.*, n° 251.

(3) Bertauld, 1, *Conflits*, n° 150 ; Paris, 29 mars 1836 ; S., 36, 2, 457.

4° La loi du domicile du débiteur : dans le doute, c'est toujours le débiteur qu'on protège, témoin la règle *actor sequitur forum rei* qui est à peu près universellement reconnue (1). Si le débiteur change de domicile, la loi change-t-elle ? Non, répond Dunod (2), car la volonté du débiteur ne peut modifier la condition du créancier. Boullenois (3) suit la loi du domicile du débiteur au moment de la poursuite (4). D'ailleurs, pour prévenir tout danger, il suffit d'insérer dans le contrat une élection de domicile ; le danger du reste n'est pas bien grand, car une expatriation est un fait grave, et comme dit M. Labbé, il est peu probable qu'un débiteur transporte dans un autre pays le siège de ses affaires, uniquement pour faire tomber le droit de son créancier sous une prescription plus courte. Si, comme il y aurait de bonnes raisons pour le décider, la tradition bien comprise de l'ancien droit devait faire substituer à la loi du domicile celle de la nationalité, le danger serait encore moindre ; car un changement de nationalité est moins probable encore qu'un changement de domicile.

5° La *lex fori*, la loi du pays où l'action est intentée (5). « La loi qui octroie la faculté d'agir en justice » limite l'exercice de cette faculté ; elle protège le « créancier en lui accordant l'action ; elle doit protéger » le débiteur en restreignant la durée possible de la

(1) *Contrà*, 14, C. Civ.

(2) *Presc.*, part. 1, ch. 14 in f. *Sic* : Pandessus, *Dr. Com.* n° 1495.

(3) *Statuts*, 1, p. 350.

(4) *Sic* : Merlin, *Rép.*, v° *Presc.*, sect. 1, § 3, n° VII ; Mérignhac, *Rev. crit.*, 1884, p. 114 et 115 ; Besançon, 11 janv. 83, D., 83 2, 211 ; Haute Cour des Pays-Bas, 2, av. 74. *J. Dr. int.*, pr. 74. p. 141.

(5) *Jurisp. anglo-américaine* : Westlake, *J. Dr. int.*, p. 82, p. 14 *Jurisp. de la Louisiane*, *ibid*, 76, p. 129 et 130.

« poursuite. (Labbé.) » Mais la raison décisive est que la prescription est une règle d'ordre public : « Un juge « doit obéir aux lois impératives de son pays, quelle « que soit la nationalité des plaideurs, quelle que soit « l'origine des droits contestés devant lui. (*Id.*) » Presque toujours, le domicile du défendeur est le lieu où l'action est intentée, et, par suite, la loi du domicile du défendeur et la *lex fori* se confondent. Mais, dans des hypothèses analogues à celle prévue à l'art. 420 du Code de procédure, M. Labbé, logique jusqu'aux dernières conséquences de son opinion, propose de faire varier la prescription suivant que le créancier intente son action dans tel ou tel pays (1). MM. de Savigny (2) et Laurent (3) critiquent vivement cette variation : avec la diversité des prescriptions possibles, l'incertitude des droits augmente, ce qui est contraire à l'idée de prescription. Il est certain que la prescription est une règle d'ordre public; mais, dans les pays où la loi n'impose pas la prescription aux parties (4), où le juge ne peut la suppléer d'office, en vertu de quel principe le juge ne pourrait-il pas appliquer la prescription édictée par une loi étrangère, et qu'une des parties invoque?

6°) La loi à laquelle les parties se sont vraisemblablement référées en contractant, et qui règle le sort du contrat : la loi nationale des parties, si elles sont de même nationalité; la *lex loci contractus*, dans le cas contraire, à moins que par une clause formelle de l'acte elles n'aient fixé une autre loi, ou que leur inten-

(1) Comp. Brocher, *Cours de Dr. int. privé*, p. 2, p. 408-9.

(2) *Loc. cit.*, 8, p. 270.

(3) *Loc. cit.*, n, n° 253.

(4) France, *Code civ.*, a. 2223; Autriche, *Code civ. de l'Empire*, trad. de Clercq, a. 1501; Suisse, *Code féd. des Obl*, a. 160...

tion ne résulte implicitement des circonstances(1). La plus grave objection qu'on adresse à ce système est que la prescription ne dépend pas de la volonté des parties. Elle en dépend néanmoins plus qu'on ne le prétend, puisqu'elles sont libres de l'invoquer ou non (2).

108. — Entre tous ces systèmes, lequel devons-nous choisir, lorsqu'il s'agit de l'action en nullité? La réponse est fort importante, car la question sera souvent posée. Dans presque toutes les loi étrangères, le délai de cette action est moindre qu'en France : cinq ans en Italie (3); cinq ans en Hollande; trois ans en Autriche (4), un an en Suisse (5), quatre ans en Espagne (6); en Angleterre, le temps de la restitution n'est pas impérativement fixé; c'est aux magistrats à déterminer, suivant leurs lumières et leur prudence, si le demandeur a trop tardé à exercer son droit (7). L'exception de nullité elle-même peut donner lieu à un conflit; dans le Code suisse, cette exception est soumise à la même prescription que l'action, car l'inté-

(1) Ballot, *Rev. prat.*, 8, p. 333; Renault, *Rev. crit.*, 1882, p. 732; Demangeat, sur Fœlix, t. I, p. 241, t. et n. a; Alger, 18 août 48, S., 49, 2, 264; Comp. Cass., 23 fév. 64; S., 61, 1, 385. *Sic*, Laurent, 8, n° 234, avec motifs différents; Aubry et Rau, § 31, t. et n. 68 et 69.

(2) MM. Aubry et Rau, § 31, n° 69, appliquent la loi française toutes les fois que la *lex loci contractus* établit une prescription plus longue, car. a. 2220, il n'est pas permis de renoncer d'avance à la prescription. Non; ce que les rédacteurs du Code prohibent, c'est une renonciation volontaire qui serait devenue de style; mais dans le conflit qui nous occupe, si la prescription empruntée à la loi étrangère est plus longue que celle de notre loi, c'est la conséquence non de la renonciation de l'intéressé, mais des règles rationnelles du droit international.

(3) *Code civ.*, a. 1300.

(4) *Code civ.*, a. 1487.

(5) *Code féd. des Oblig.*, a. 28.

(6) Lehr, *El. de dr. civ. esp.*, n° 579.

(7) Lehr, *El. de dr. civ. anglais*, n°s 724 à 739.

ressé perd son droit s'il laisse écouler une année sans notifier à son adversaire sa résolution de ne pas maintenir le contrat ou sans répéter ce qu'il lui a déjà payé. En Hollande et en Italie (art. 1302), il est dit formellement que la prescription de l'action ne s'applique pas à l'exception.

Les auteurs qui refusent d'appliquer à la prescription la *lex loci contractus* se fondent tous, quelle que soit d'ailleurs leur opinion, sur ce fait que la prescription est une règle d'ordre public et que la volonté des parties est à son égard complètement indifférente. Mais persister dans ce sentiment, à propos de notre prescription, est du moins singulier de la part de ceux qui la regardent comme une confirmation présumée. C'est ce qu'a bien aperçu M. Laurent (8, n° 256) : « Je
« ne connais qu'une seule prescription fondée sur la
« volonté des parties, c'est celle de l'art. 1304... Cette
« prescription est une confirmation; elle est fondée
« sur la volonté de celui qui confirme, et cette volonté
« est censée exister déjà lors du contrat, ce qui nous
« ramène à la *lex loci contractus*. » Si l'art. 1304 n'écarte pas toute application de l'art. 2262, l'opinion de M. Laurent est d'autant plus acceptable qu'il est donné, par ce dernier article, satisfaction au principe d'ordre public.

109. — Pour nous, l'art. 1304 repose sur un fondement tout autre. Il s'agit d'actions que la rigueur du droit et la pure logique ne reconnaissent point, parce qu'elle ne sanctionnent pas un de ces droits nécessaires et primordiaux qui ne peuvent pas ne pas se concevoir; c'est la loi bienveillante qui par équité accorde une faveur et la limite strictement. Il s'ensuit que pour connaître la durée de l'action, il faut se

référer à la loi qui la concède. « Les obligations « légales, » dit M. Brocher(1), « paraissent devoir être « l'objet d'une règle spéciale : il semblerait difficile de « soumettre la prescription qui les concerne à une autre « loi que celle dont elles émanent elles-mêmes. Il y a là « tout un ensemble de dispositions solidaires les unes « des autres : on ne saurait les séparer. La prescription « est une sorte de condition ou de restriction qui se « trouve indissolublement liée au fond du droit. » Ces paroles semblent écrites pour justifier notre système; dans l'art. 1304, il s'agit sinon d'obligations, du moins d'actions légales; bien mieux, du côté du défendeur en nullité, la loi crée une véritable obligation (v. n° 96), et c'est cette obligation légale qui s'éteint par la prescription de dix ans (2).

Quelle est la loi qui concède l'action? Est-ce fatalement celle du pays aux tribunaux duquel le demandeur s'adresse? On serait tenté de le penser: n'est-ce pas là que se manifeste l'exercice de l'action? On aurait tort. Les nullités d'un contrat tiennent à l'absence des conditions requises pour sa validité; c'est donc à la loi qui détermine ces conditions de déterminer en même temps les conséquences de leur absence: c'est elle qui accorde la restitution, c'est elle qui fixe la durée de cette restitution. Cette loi est la loi nationale des parties, si toutes deux sont du même

(1) *Loc. cit.*, 2, p. 406.

(2) « La prescription de l'action en nullité, » dit encore M. Brocher, p. 416, « se trouve nécessairement liée à l'action dont elle limite la durée. C'est une déchéance qui est une sorte de condition ou de restriction mise au droit de demander la nullité. Il paraît dans tous les cas impossible de faire complètement abstraction de la loi ou la compétence de laquelle l'acte critiqué est intervenu, s'il est vrai que cette disposition ne s'applique qu'aux nullités purement relatives. »

pays; au cas contraire, c'est la *lex loci contractus*. Cette solution se recommande par la certitude immédiate où l'on est des droits respectifs de chaque contractant (1).

(1) La jurisprudence anglaise s'attache à reconnaître dans chaque espèce quel pays, tout mûrement pesé, doit être considéré comme le vrai siège de l'affaire. (Westlake, *Rev. du Dr. int.*, t. 14, p. 292.)

CONCLUSION

110. — La restitution peut être envisagée comme un moyen de protection en faveur de certaines personnes, ou bien comme une dérogation au droit pur, comme un bienfait de la loi. Si on la considère comme un moyen de protection, on tend à l'organiser de manière à rendre sérieusement efficace cette protection ; c'est ainsi qu'elle ne commencera de se prescrire qu'au jour où l'intéressé connaîtra son droit à être restitué soit par la découverte de l'acte entaché de nullité, soit par la découverte du vice qui infecte cet acte. Si on la regarde, au contraire, comme un bienfait de la loi, on l'organisera différemment. Comme elle a pour effet de rendre les propriétés incertaines, et que par là elle apporte le plus grand trouble aux relations juridiques ; comme elle est un obstacle au développement du crédit public et parfois une cause de ruine pour les tiers de bonne foi, on s'efforcera de la restreindre et de la limiter, pour en diminuer les dangers ; dans le conflit de l'intérêt individuel et de l'intérêt général, on s'arrangera pour que l'intérêt général ne soit pas sacrifié.

111. — Le mieux serait assurément d'imaginer une combinaison qui permît de sauvegarder à la fois et les

droits de l'individu et les droits de la société. C'est ce que le Code civil a tenté de faire, mais ce qu'en réalité il n'a pas fait. Certaines de ses décisions sont visiblement prises en considération des individus ; d'autres sont écrites en vue de l'intérêt public ; mais il n'y a souvent que des solutions d'espèce, ce qui rend la loi incertaine ou injuste ; puis le Code ne s'est pas toujours rendu un compte très-exact de l'effet qu'allait produire la combinaison de ces mesures diverses, inspirées de principes opposés, et il obtient le plus bizarre résultat : s'il veut protéger les individus, il n'y réussit point, et cependant l'intérêt général n'en est pas pour cela mieux assuré ; s'il veut affermir le crédit public, il échoue, sans que la protection des individus en soit augmentée.

Comme l'incertitude des droits est un fléau dans les sociétés et que les restitutions l'amènent en quelque sorte arbitrairement, le législateur n'a pas voulu donner aux restitutions une durée supérieure à dix ans : devait-il alors, en reculant à une date inconnue le point de départ des dix ans, prolonger indéfiniment ce délai ? Il n'a pas voulu donner aux restitutions la durée des actions : devait-il permettre qu'elles pussent avoir une durée plus longue ?

S'il s'agit, avant tout, de protéger certaines personnes, il est naturel de placer le point de départ des dix ans au jour où ces personnes découvrent le dol ou l'erreur dont elles ont été victimes, au jour où elles cessent d'être violentées. Mais alors, pourquoi ne pas compter les dix ans du jour où l'interdit, relevé de son incapacité, a connaissance de l'acte souscrit par lui durant sa maladie ? du jour où le mineur devenu majeur a connaissance de l'acte souscrit par son tuteur ? du jour où les héritiers d'un incapable décédé tel, ont

connaissance de l'acte accompli par leur auteur ? Si dans toutes ces hypothèses l'intérêt public a fait limiter la protection des personnes, ce que l'on conçoit à merveille, pourquoi ne l'a-t-il pas fait également limiter dans les trois premières ?

Ainsi le Code n'a obtenu aucun des résultats qu'il souhaitait d'obtenir. Il n'a fait de la restitution une protection sérieusement efficace qu'au profit d'un petit nombre de personnes, choisies on ne sait trop pourquoi ; pour les autres, elle n'est qu'une protection illusoire. Il a voulu dissiper promptement l'incertitude des propriétés, et ne s'est point aperçu que souvent il la prolongeait. Il s'est proposé de faire triompher l'équité, et souvent c'est l'injustice qu'il consacre.

112. — Voici, à notre avis, comment on pourrait essayer de résoudre la difficulté.

L'action en nullité ne durerait qu'un an : c'est le délai fixé par le Code fédéral suisse des obligations, et par le projet de Code civil allemand : il semble qu'aujourd'hui ce délai soit très-suffisant. — Il commencerait à courir en principe du jour même de l'acte. Par exception, il courrait : au cas de violence, du jour où elle a cessé ; au cas d'erreur ou de dol, du jour où le vice a été découvert ; au cas d'actes souscrits par une personne interdite ou pourvue d'un conseil judiciaire, du jour où l'incapacité a été levée ; au cas d'actes passés par un mineur ou en son nom, du jour de la majorité. — Si l'acte consenti par un incapable ou en son nom n'a pas reçu d'exécution, le délai courrait du jour où cet incapable, devenu ou redevenu capable, serait averti par une signification en due forme que les intéressés tiennent l'acte pour valable et qu'ils entendent s'en prévaloir ; si l'incapable est décédé tel, le délai ne cour-

rait contre ses héritiers que du jour où une semblable signification leur serait faite.

L'action en nullité serait éteinte, quand cinq ans se seraient écoulés depuis la conclusion de l'acte, à moins qu'il ne s'agit d'un acte souscrit par un mineur ou en son nom, par un interdit ou par un pourvu.

Les délais d'un an ou de cinq ans ne pourraient être prolongés par aucune cause ni de suspension ni d'interruption.

L'action ne serait prescrite qu'autant que le titulaire aurait laissé s'écouler le délai d'un an ou celui de 5 ans, sans répéter de son adversaire ce qu'il lui a déjà livré, ou sans lui notifier son intention de ne pas maintenir le contrat, pourvu que dans ce dernier cas l'action fût intentée dans l'année de la notification.

Il suit de là que l'exception de nullité serait soumise à la même prescription que l'action.

Enfin la partie exposée à l'exception de nullité pourrait faire sommation à l'autre partie d'avoir à se prononcer sur le maintien du contrat dans le délai d'un mois, sauf pour cette dernière le droit d'obtenir du juge, à raison des circonstances, prolongation de ce délai.

113. — Tous les intérêts paraîtraient ainsi conciliés.

Les restitutions rendent les propriétés incertaines : comme elles ne dureraient qu'un an, l'incertitude serait vite dissipée. Elles ont pour but de protéger certaines personnes : cette protection serait assurée, puisque la prescription ne commencerait à courir qu'au moment où les intéressés sont avertis du danger qu'ils courent.

114. — Aucune restitution ne serait accordée lorsque cinq ans se sont écoulés depuis la conclusion du contrat : une situation de fait qui a duré cinq ans et sur laquelle tout le monde a compté doit subsister. Il se peut que ce maintien de l'état de choses existant soit contraire à des intérêts particuliers, mais il est exigé par l'intérêt général et il a pour effet de rendre plus sûr le commerce des contrats. A mesure que le temps s'écoule, les droits de l'individu s'amoindrissent et semblent de plus en plus douteux, tandis que les droits de la société grandissent et s'imposent de plus en plus impérieusement. Il arrive un moment où la loi la plus soucieuse de l'intérêt particulier doit s'incliner devant un intérêt supérieur : les individus cessent alors d'être protégés.

Nous apportons une exception à notre règle quand il s'agit des actes consentis par un mineur ou en son nom, par un interdit ou par un pourvu. C'est que si nous maintenions notre règle, la protection accordée ou imposée à l'incapable serait à peu près illusoire. Il y aurait un moyen trop facile d'arriver à faire ce que la loi défend. C'est aussi que les périls des restitutions ne sont guère à craindre ici. Si c'est une somme d'argent que l'incapable a versée à son cocontractant, les tiers à qui ce dernier l'aura répartie sont à l'abri de toute réclamation de l'incapable. Si ces tiers ont fait crédit au cocontractant, sur la foi de cette somme qu'ils savaient entre ses mains, ils ont presque toujours la ressource de concourir avec l'incapable, lorsqu'il la réclamera. S'il s'agit d'un droit réel transmis, il était facile aux tiers de savoir de qui leur auteur tenait ce droit ; il leur était facile de savoir que c'était d'un mineur ou d'un interdit, et par conséquent de s'assurer que l'acquisition était régulière ; s'ils ont été négli-

gents, tant pis pour eux. Quand il s'agit au contraire d'un contrat entaché de dol, d'erreur ou de violence, jamais les tiers ne pourraient s'assurer que le consentement du premier vendeur est exempt de tout vice. On conçoit donc pour ce cas la nécessité de notre règle.

115. — Quand le délai d'un an, ou, s'il y a lieu, celui de cinq ans seraient expirés, il y aurait une déchéance fatale du droit à exiger la nullité. Il est en effet impossible de décider autrement, si l'on tient compte de l'intérêt général (1).

116. — L'intéressé aurait pour échapper à la prescription le choix entre deux moyens : ou bien exercer son action dans les délais voulus : ou bien, s'il lui est impossible d'entamer actuellement un procès, signifier à son adversaire sa résolution de ne pas maintenir le contrat. Mais comme il ne faudrait pas sortir d'un péril pour tomber dans un autre, cette signification ne produirait d'effet qu'autant que l'action en nullité serait réellement intentée dans l'année (2).

117. — L'exception en nullité serait prescriptible comme l'action. Nous avons en effet montré que c'est une conséquence nécessaire de l'idée même de restitution. Il n'y aurait d'ailleurs aucun danger à décider ainsi, puisque la prescription ne courrait que du jour où les intéressés seraient avertis qu'on veut se préva-

(1) V. Projet de Code civil allemand, *loc. cit.*

(2) Toutefois, au cas où le contrat n'a pas reçu d'exécution, on pourrait peut-être décider que la signification met l'adversaire en demeure de réclamer cette exécution dans le délai d'un an ; l'expiration du délai vaudrait sentence d'annulation. — Par là, l'autre partie ne serait pas obligée d'entamer un procès pour faire annuler un contrat qu'on ne lui demandera peut-être jamais d'exécuter.

loir contre eux d'un acte jusque-là inexécuté, et dont peut-être ils ignorent l'existence. Les auteurs se trompent donc, quand ils font de l'imprescriptibilité de l'exception une condition de la protection des parties. La question de savoir si l'exception doit être ou non prescriptible ne se pose que si l'on envisage la restitution comme une dérogation au droit pur, et qu'on se demande ce qu'est exactement cette dérogation. C'est en considérant la restitution sous un tout autre aspect qu'on cherche les moyens de la rendre véritablement efficace au profit des personnes à qui elle est accordée.

118. — Enfin la partie exposée à l'action pourrait sommer l'autre d'avoir à se prononcer sur le maintien du contrat dans le délai d'un mois, à moins qu'elle n'obtienne du juge un supplément de délai. Cette règle, qui ne nuit à personne, est trop visiblement favorable à la stabilité des droits, pour qu'il soit nécessaire d'insister.

119. — Dans le système du Code civil, l'action en nullité se donne contre le cocontractant de bonne foi. Cela n'est cependant guère admissible, surtout lorsqu'il s'agit d'une nullité pour vice de consentement. S'il s'agit d'une nullité pour incapacité, il est évident qu'il ne suffit pas d'exciper de sa bonne foi pour échapper à la nullité, car presque toujours avec un peu de diligence on aurait pu découvrir l'incapacité. Mais quand tout le monde ignore cette incapacité, quand il n'y a aucun moyen de la connaître, la nullité ne devrait pas atteindre ceux qui traitent de bonne foi : *error communis facit jus*.

120. — Nous n'avons rien dit de l'incapacité de la

femme mariée ; c'est qu'à notre avis elle devrait être supprimée. Les actes de la femme seraient pleinement valables ; seulement ils ne seraient pas opposables au mari, s'ils portent sur les biens de la femme affectés au soutien du ménage : ainsi sous le régime de communauté, la femme serait libre d'aliéner la nue-propriété de ses biens ; mais elle ne pourrait pas en aliéner les revenus au préjudice de son mari. On saisit la raison de cette distinction : Le mari, chef de l'association conjugale, doit donner son assentiment à tous les actes qui modifient les ressources de l'association ; si, par suite des circonstances, la femme se trouvait avoir la direction du mariage, ses actes deviendraient opposables même au mari.

121. — Arrivés au terme de notre étude, il n'est pas inutile de la résumer en quelques mots. Nous nous sommes efforcés de mettre en lumière la théorie des restitutions que l'art. 1304 consacre. Nous avons cherché à bien établir que la courte durée des restitutions a pour but d'affermir le crédit public et de rendre les droits plus certains : nous avons ainsi donné l'explication de certaines décisions de la loi qui autrement ne s'expliquent guère. Nous avons dégagé le double caractère des restitutions et montré les droits de l'individu aux prises avec les droits de la société. Nous avons constaté que les dispositions de la loi, examinées isolément, se justifient fort bien, mais que, groupées et comparées les unes aux autres, elles semblent injustes et sont difficilement acceptables. Nous avons constaté que le Code n'a pas réussi à concilier les divers intérêts en conflit. Enfin nous avons essayé à notre tour de résoudre ce difficile problème.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

Prises dans la thèse

I. — Les actions n'ont jamais entraîné que des condamnations pécuniaires, sous le système des *legis actiones* comme sous le système formulaire.

II. — Le prêteur avait toute liberté dans la concession des *vindicicæ*.

III. — Jamais au droit classique le *jussus judicis* ne fut exécutoire *manu militari*.

Prises en dehors de la thèse

I. — A l'origine, l'usucapion n'exigeait ni le titre, ni la bonne foi, et s'accomplissait par la seule possession prolongée pendant un certain temps.

II. — Dès sa création, l'action publicienne appartient au propriétaire bonitaire comme au *possessor bonæ fidei*.

III. — Si, dans la Publicienne, il fallait être de bonne foi non seulement au moment de la tradition, mais

encore au moment de l'achat, c'est que, lors de la création de cette action, il en était ainsi de l'usucapion.

IV. — La loi 30, au Code de *Jure dotium*, n'attribue pas à la femme la propriété des biens dotaux : elle lui permet seulement de reprendre ces biens au moyen de l'action publicienne.

DROIT FRANÇAIS

Prises dans la thèse

I. — L'action en nullité ou en rescision n'a de lieu que si l'acte nul n'est point inexistant.

II. — Les nullités ou rescisions sont des restitutions : c'est pourquoi elles se prescrivent par dix ans.

III. — L'action donnée à la femme pour faire révoquer l'aliénation de son immeuble dotal ne se prescrit qu'à partir de la dissolution du mariage.

IV. — L'exception de nullité est prescriptible.

V. — La loi qui régit la prescription de l'action en nullité d'un acte est la loi qui règle les conditions de validité de cet acte.

Prises en dehors de la thèse

DROIT CIVIL

I. — Le rapport des dettes n'a pas lieu à l'encontre des créanciers personnels du cohéritier débiteur.

II. — Ce qui, dans une donation mobilière faite à un des époux, représente la réserve de celui-ci tombe en communauté, nonobstant toute clause contraire du donateur.

III. — Il n'existe, au regard de l'autorité civile, aucune loi qui interdise le mariage au prêtre catholique.

IV. — Quand la femme mariée sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, vient, comme créancière invoquant son hypothèque légale, exercer à l'encontre des créanciers de son mari la reprise de ses apports mobiliers ou du prix de ses immeubles aliénés, la preuve à faire par elle à l'égard de ces créanciers n'est pas soumise à d'autres règles que la preuve à faire à l'égard du mari.

DROIT COMMERCIAL

I. — Le privilège des agents de change ne porte que sur les valeurs officiellement cotées.

II. — Lorsque le détenteur d'un titre au porteur n'est en possession que par suite d'un nantissement irrégulier, faute d'accomplissement des formalités prescrites par l'article 2074, il ne peut invoquer la règle de l'article 2279.

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

I. — La majorité dont parle l'art. 9 du Code civil n'est pas celle de la loi française.

II. — Le Tribunal, chargé de conférer la force exécutoire en France à un jugement étranger, peut entrer

dans un nouvel examen de l'affaire, mais il ne peut qu'accorder ou refuser l'*exequatur*, il ne peut substituer sa décision à celle du Tribunal étranger.

DROIT CONSTITUTIONNEL

Les traités d'extradition n'ont pas besoin d'être soumis au vote des deux Chambres.

VU, PAR LE PRÉSIDENT DE LA THÈSE :
C. BUFNOIR

VU, PAR LE DOYEN,
COLMET DE SANTERRE.

VU, ET PERMIS D'IMPRIMER,
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

TABLE ANALYTIQUE

DROIT ROMAIN

De la *rei vindicatio*, considérée au point de vue de la garantie effective de la propriété.

	PAGES
1-2. — Nécessité de protéger la propriété dans ses moyens d'attaque et dans ses moyens de défense.....	1
3. — L'histoire de la <i>rei vindicatio</i> comprend plusieurs périodes.....	2
4. — Pourquoi étudier la <i>rei vindicatio</i>	2
5. — Importance de la possession.....	4
6. — La <i>legis actio sacramenti</i> se rattache au droit antérieur.....	5
I. — PREMIÈRE PÉRIODE	
7-9. — Droit très primitif.....	6
II. — SECONDE PÉRIODE	
10. — Système de justice fondé sur la distinction des droits certains et des droits incertains.....	9
11-16. — Droits certains.....	9
17-18. — Droits incertains.....	14
19-20. — De l'indemnité pécuniaire.....	15

III. — TROISIÈME PÉRIODE

	PAGES
21-22. — Intervention de l'Etat.	20
23. — La distinction des droits certains et des droits incertains subsiste	21
24. — <i>In jus vocatio</i>	22
25. — Débat préliminaire à la <i>legis actio</i>	23
26. — Procédure du <i>sacramentum</i>	24
27. — Garantie effective de la propriété.	25
28-31. — La <i>rei vindicatio</i> est une action double. . .	27
32-35. — Concession des <i>vindicæ</i>	32
36. — Office du juge	37
37. — Résumé	39

IV. — QUATRIÈME PÉRIODE

38-40. — Procédure <i>per sponsionem</i> ou <i>per formulam petitoriam</i>	40
41-42. — Garantie effective de la propriété	43
43. — Influence de la <i>rei vindicatio</i> sur les interdits possessoires et sur la publicienne.	46
44. — <i>Cautio iudicatum solvi</i>	48
45. — De la condamnation.	48
46. — Le système des condamnations pécuniaires est un obstacle à la protection de la propriété dans ses moyens de défense.	49
47-48. — Du <i>jussum judicis</i> et de son exécution . .	51
49. — Résumé.	55

V. — CINQUIÈME PÉRIODE

50. — Procédure extraordinaire	56
51-54. — Garantie effective de la propriété	57

VI. — CONCLUSION

55-57. — Conclusion.	61
------------------------------	----

VII. — APPENDICE

58. — Objet de l'appendice	64
59-61. — De la propriété des <i>res nec mancipi</i> et de la propriété bonitaire	64
62-65. — Interdits possessoires.	68
66-67. — Publicienne.	72
68-69. — Tableau des garanties de la propriété . . .	75

DROIT FRANÇAIS

De la prescription des actions en nullité ou en rescision. (Théorie des restitutions.)

INTRODUCTION

	PAGES
1. — Des restitutions : pourquoi elles doivent être distinguées des autres nullités	77
2. — C'est à raison de leur caractère propre qu'elles sont soumises à des règles spéciales. Extension abusive de ces règles.	78
3-4. — Quand et comment s'introduisit en France la théorie des restitutions	79
5-8. — Nécessités pratiques qui, au xvi ^e siècle, firent restreindre la durée des restitutions.	81
9. — Ordonnances de 1510 et de 1535.	85
10. — Ordonnance de 1539	86
11-12. — Théorie des restitutions au dernier état de notre ancien droit.	87
Notes concernant l'Introduction	90

CHAPITRE PREMIER

De l'action en nullité ou en rescision

13. — De l'action en nullité ou en rescision dans le Code civil ; il n'y a plus qu'une seule action sous deux noms	93
14-16. — L'action en nullité ou en rescision n'a de lieu que si l'acte nul n'est pas inexistant.	95
17-18. — Caractère de cette action.	100
19. — Extinction de cette action.	104

CHAPITRE DEUXIÈME

Du fondement de la prescription décennale

20-24. — L'art. 1304 ne repose pas uniquement sur	
---	--

	PAGES
une idée de confirmation : il a pour principal fonde- ment la nécessité de mettre un terme prompt à l'incer- titude des droits	106
22-30. — Théorie du Code civil sur les restitutions. .	110

CHAPITRE TROISIÈME

Du principe d'interprétation de l'art. 1304

31. — La théorie des restitutions est absolument gé- nérale. L'art. 1304 s'applique donc même quand l'ac- tion en nullité est dirigée contre un acte unilatéral. . .	119
32. — Objections.	120
33-34. — Réponses.	121

CHAPITRE QUATRIÈME

Nature du délai prévu dans l'art. 1304

35-36. — Dans l'art. 1304, s'agit-il d'une prescription ou d'un délai préfix ?	126
37-39. — Intérêt pratique de la controverse, au point de vue des interruptions et des suspensions	127
40. — Toullier soutient qu'il s'agit d'un délai préfix .	131
41. — Réfutation des arguments qu'il invoque . . .	132
42. — Théorie du Code civil sur les déchéances fa- tales; le délai de l'art. 1304 ne peut y rentrer : c'est donc bien une véritable prescription.	135

CHAPITRE CINQUIÈME

Point de départ de la prescription de l'art. 1304

43. — La règle est que, sauf exceptions, les dix ans courent de la date de l'acte	138
44. — La loi ne s'est pas toujours inspirée des mêmes principes pour fixer le point de départ du délai; de là des résultats inconciliables entre eux, mais qui pris en eux-mêmes s'expliquent fort bien	139
45. — Les exceptions à la règle aboutissent à créer une imprescriptibilité temporaire	140
46. — Actes à terme et sous condition	140
47-48. — Actes nuls pour vice de consentement . . .	141

	PAGES
49. — Actes du mineur non autorisé.	142
50-53. — Actes de l'interdit, souscrits avant ou après l'interdiction; actes de l'individu pourvu d'un conseil judiciaire; acte de l'aliéné non interdit	142
54. — Actes d'une femme mariée non autorisée. . . .	147

CHAPITRE SIXIÈME

Application pratique de l'art. 1304

§ I. — DES ACTES QUI NE SONT PAS SOUMIS A LA RÈGLE DE L'ART. 1304

55. — Pour que l'art. 1304 s'applique, il faut : 1° qu'il s'agisse d'un acte concernant le patrimoine, 2° que l'action soit intentée par une des parties ou de son chef, 3° que l'action soit une dérogation aux principes rigoureux du droit pur. — Quand ces trois conditions ne se trouvent pas réunies, l'art. 1304 ne s'applique pas. . . .	149
56. — Simulations	150
57. — Actes défendus par l'art. 1596	151
58. — Gestion d'affaires. Vente après saisie. Actes du commerçant mis en état de liquidation judiciaire . .	153
59. — Acquisition de droits litigieux par une des personnes désignées à l'art. 1597.	153
60. — Conventions nulles faute d'objet : pactes sur succession future. Vente de la chose d'autrui	156
61. — Conventions nulles faute de cause : traités secrets relatifs à la cession d'un office. Contrats usuaires.	158
62. — Dispositions à titre gratuit : clauses nulles parce que la loi les répute non-avenues	159
63-64. — Pacte comissoire (art. 2078 et 2088)	159

§ II. — DES ACTES SOUMIS A LA RÈGLE DE L'ART. 1304

65-66. — Actes nuls pour vice de consentement. . . .	161
67. — Actes d'une femme mariée non autorisée . . .	161
68. — Actes du mineur non autorisé. — Contrat nul pour inobservation de l'art. 472	161
69. — Actes de l'interdit ou du pourvu; actes de l'aliéné non interdit, mais interné	164
70. — Transactions	166
71. — Donation nulle en vertu de l'art. 909	166

§ III. — DES ACTES QUI SUIVANT CERTAINES DISTINCTIONS
SONT OU NE SONT PAS SOUMIS A L'ART. 1304

72. — Vente entre époux.	167
73. — Jugements d'expédient	168
74. — Actes nuls pour vice de forme	169
75. — <i>Quid</i> lorsque sous l'apparence d'une question de forme, il s'agit en réalité d'une question de pouvoirs ou de capacité ?	171
76. — Aliénation d'un bien de mineur faite au mépris des art. 457 et 458 C. civ.	173
77. — Contrat de mariage nul pour inobservation de l'art. 1398. Donation faite à un mineur ou à une femme mariée, nulle pour irrégularité de l'acceptation.	177
78. — Testament.	180

CHAPITRE SEPTIÈME

Des partages d'ascendant

79. — L'art. 1304 s'applique lorsqu'il s'agit d'un par- tage d'ascendant entre-vifs.	186
80. — Et même lorsqu'il s'agit d'un partage testamen- taire.	186
81. — Point de départ des dix ans.	188

CHAPITRE HUITIÈME

De la combinaison des art. 1304, 1560 et 1561

82. — La nullité de l'aliénation est la sanction de l'inaliénabilité de l'immeuble dotal.	193
83. — Quand la femme a concouru à l'aliénation de l'immeuble dotal, son action en nullité est une restitu- tion, soumise par conséquent à l'art. 1304.	193
84. — Point de départ des dix ans. Ils ne courent que de la dissolution du mariage.	194
85. — Objection tirée de l'art. 1561: d'après cet article, le délai courrait de la séparation de biens. — Réfuta- tion.	196
86-87. — Motifs pour lesquels le Tribunal n'a visé	

	PAGES
que l'art. 1561, quand il a demandé que l'action de la femme se prescrivît de la séparation	197
88. — Objection tirée de l'art. 2255. Réfutation . . .	200
89. — Théorie de MM. Aubry et Rau	203
90-92. — Quand l'aliénation est l'œuvre du mari, la femme doit procéder par une revendication de son immeuble. Son action est ainsi soustraite à l'art. 1304 . .	204

CHAPITRE NEUVIÈME

Effets des prescriptions générales extinctives ou acqui- sitives sur la prescription de l'art. 1304

93-94. — Convention entachée de plusieurs vices. . .	211
95. — Conflit de la prescription décennale et de la prescription libératoire de trente ans	212
96. — Influence de la prescription acquisitive sur la prescription de l'art. 1304	215

CHAPITRE DIXIÈME

De l'exception de nullité

97. — L'exception de nullité est-elle, comme l'action en nullité, soumise à la prescription de dix ans ? . . .	220
98. — Opinion générale : elle est imprescriptible. . .	221
99. — Cette opinion est inexacte : l'exception est prescriptible.	222
100. — Examen de l'ancien droit.	223
101. — Examen du droit actuel	227
102-103. — Les résultats auxquels conduit notre opinion sont conformes aux résultats habituels de la prescription.	228
104. — Ils sont en complète harmonie avec la théorie de l'art. 1304.	231
105. — En déclarant l'exception de nullité imprescriptible on cherche à protéger certains intérêts. C'est par d'autres moyens que ces intérêts doivent être protégés ; et c'est commettre une confusion que de faire jouer à l'exception un rôle auquel elle n'est pas destinée.	232

CHAPITRE ONZIÈME

De la prescription de l'action en nullité en droit international

	PAGES
106. — A propos de la prescription de l'action en nullité, plusieurs lois peuvent être en conflit	234
107. — Exposé des divers systèmes proposés pour résoudre le conflit.	235
108-109. — Système qui doit être adopté.	238

CONCLUSION

110. — Double caractère des restitutions. Au fond, il s'agit d'un conflit entre l'intérêt particulier et l'intérêt général	242
111. — Le but auquel doit tendre le législateur est de concilier ces deux intérêts. — Le Code civil a essayé d'atteindre ce but, mais il a échoué	242
112-120. — Comment on pourrait peut-être y arriver.	244
121. — Résumé	249

IMPRIMERIE RÉGIONALE

DIJON

Directeur : J. CHEVALLIER
